المقنع

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسيّ

٥٤١ - ٦٢٠هـ

و :

الشرح الكبير

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ

٥٩٧ - ٦٨٢هـ

ومعهما :

الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوِيّ

٨١٧ - ٨٨٥هـ

تحقيق

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

الجزء السادس عشر

الوديعة - إحياء الموات - الجعالة - اللُّقَطة - الوقف

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

الطبعة الأولى
١٤١٥هـ = ١٩٩٥م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة

يوزع

على نفقة

خادم الحرمين الشريفين

الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود

خدمة للعلم وطلابه

أجزل الله مثوبته .. ووفقه لمرضاته

بسم الله الرحمن الرحيم

المقنع

بَابُ الْوَدِيعَةِ

....

الشرح الكبير

بابُ الوَدِيعَةِ

والأصْلُ فيها الكِتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ ؛ أمّا الكِتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾(١) . وقَوْلُه تعالى : ﴿ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ ﴾(٢) . وأمّا السُّنَّةُ فقولُ رسولِ اللهِ ﷺ : « أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » . [٥/١٤٩ ظ] رَواه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ(٣) ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ورُوِىَ عنه ، عليه الصلاةُ والسلامُ ، أنَّه كانت عندَه ودائِعُ ، فلَمّا

الإنصاف

بابُ الوَدِيعَةِ

فائدة : الوَدِيعَةُ عِبارَةٌ عن توَكُّلٍ لحِفْظِ مالِ غيرِه تبَرُّعًا بغيرِ تصَرُّفٍ . قالَه فى « الفائقِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : وهى عَقْدُ تبَرُّعٍ بحِفْظِ مالِ غيرِه بلا تصَرُّفٍ فيه . وقال فى « الكُبْرَى » : والإيداعُ توْكِيلٌ ، أوِ اسْتِنابَةٌ فى حِفْظِ مالِ

---

(١) سورة النساء ٥٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٨٣ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٠ . والترمذى ، فى : باب حدثنا ... ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٦٨ . والدارمى ، فى : باب فى أداء الأمانة ... ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤١٤ .

الشرح الكبير

أراد الهِجْرَةَ أوْدَعَها عندَ أُمِّ أيْمَنَ ، وأمَرَ عليًّا أن يَرُدَّها على أهْلِها[1] . وأمّا الإجْماعُ ، فأجْمَعَ عُلَماءُ كلِّ عَصْرٍ على جَوازِ الإيداعِ والاسْتِيداعِ ، والعِبْرَةُ تَقْتَضِيها ؛ لحاجَةِ النّاسِ إليها ، فإنَّه يَتَعَذَّرُ على جَمِيعِهم حِفْظُ أمْوالِهم بأنْفُسِهم ، ويَحْتاجُون إلى مَن يَحْفَظُها لهم . والوَدِيعَةُ فَعِيلَةٌ ، مِن وَدَع الشيءَ : إذا تَرَكَه ، أي هي مَتْروكَةٌ عندَ المُودَعِ . واشْتِقاقُها مِن السُّكُونِ . يُقالُ : وَدَع ، يَدَعُ . فكأنَّها ساكِنَةٌ عندَ المُودَعِ مُسْتَقِرَّةٌ . وقِيلَ : هي مُشْتَقَّةٌ مِن الحِفْظِ والدَّعَةِ ، فكأنَّها في دَعَةٍ عندَ المُودَعِ . وقَبُولُها مُسْتَحَبٌّ لمَن يَعْلَمُ مِن نَفْسِه الأمانَةَ ؛ لأنَّ فيه قَضاءَ حاجَةِ أخِيه المُؤْمِنِ ومُعاوَنَتَه . وهي عَقْدٌ جائِزٌ مِن الطَّرَفَيْن ، متى أراد المُودِعُ أخْذَ وَدِيعَتِه لَزِم المُسْتَوْدَعَ رَدُّها ؛ للآيَةِ . وإن رَدَّها المُسْتَوْدَعُ على صاحِبِها ، لَزِمَه القَبُولُ ؛ لأنَّ المُسْتَوْدَعَ مُتَبَرِّعٌ بإمْساكِها ، فلا يَلْزَمُه التَّبَرُّعُ في المُسْتَقْبَلِ .

الإنصاف

زَيْدٍ تَبَرُّعًا . ومَعانيها مُتَقارِبَةٌ ، ويُعْتَبَرُ لها أرْكانُ الوَكالَةِ ، وتبْطُلُ بمُبْطِلاتِها . ولو عزَل نفْسَه ، فهي بعدَه أمانَةٌ شَرْعِيَّةٌ ، حُكْمُها في يَدِه حُكْمُ الثَّوْبِ إذا أطارَتْه الرِّيحُ إلى دارِه ، يجِبُ ردُّه إلى مالِكِه . وقال القاضي في مَوْضِعٍ مِن « خِلافِه » ، في مسْألَةِ الوَكالَةِ : الوَديعَةُ لا يلْحَقُها الفَسْخُ بالقَوْلِ ، وإنَّما تنْفَسِخُ بالرَّدِّ إلى صاحِبِها ، أو بأنْ يتعَدَّى المُودَعُ فيها . قال في « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والسِّتِّين » : فإمَّا أنْ يكونَ هذا

---

(1) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في الترغيب في أداء الأمانات ، من كتاب الوديعة . السنن الكبرى ٦/٢٨٩ .

المقنع وَهِيَ أَمَانَةٌ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهَا ، إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَتَعَدَّى . وَإِنْ تَلِفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٤٣٢** – مسألة : (وهى أمانةٌ لا ضَمانَ عليه فيها ، إلَّا أن يَتَعَدَّى . وإن تَلِفَتْ من بين مالِه ، لم يَضْمَنْ ، فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن) وجُمْلَةُ ذلك أنَّ الوَدِيعَةَ أمانَةٌ ، إذا تَلِفَتْ مِن غيرِ تَعَدٍّ ولا تَفْرِيطٍ مِن المُودَعِ ، فليس عليه ضَمانٌ ، سَواءٌ ذَهَب معها شىءٌ مِن مالِ المُودَعِ أو لم يَذْهَبْ . هذا قولُ أكْثَرِ أهلِ العِلْمِ . رُوِىَ ذلك عن أبى بكرٍ ، وعلىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ ، ومالكٌ ، وأبو الزِّنادِ ،

الإنصاف تَفْرِيقًا بينَ فَسْخِ المُودِعِ والمُودَعِ ، أو يكونَ اخْتِلافًا منه فى المَسْأَلَةِ ، والأَوَّلُ أشْبَهُ . انتهى . وقال فى « الرِّعايَةِ » : إنْ بطَل حُكْمُ الوَدِيعَةِ ، بَقِىَ المالُ فى يَدِه أمانَةً ؛ فإنْ [٢١٦/٢ظ] تَلِفَ قبلَ التَّمَكُّنِ مِن ردِّه ، فهَدَرٌ ، وإنْ تَلِفَ بعدَه ، فوَجْهان . وقال أيضًا : يكْفِى القَبْضُ ، قوْلًا واحدًا . وقيل : لا .

قوله : وإنْ تَلِفَتْ مِن بين مالِه ، لم يَضْمَنْ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . يعْنِى ، إذا لم يتعَدَّ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : هذا اختيارُ أكثرِ الأصحابِ . وصرَّح المُصَنِّفُ فى آخَرِين ، أنَّه أصحُّ . قال القاضى : هذا أصحُّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ . قال فى « الكافِى » : هذا أظْهَرُ الرِّوايتَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، يَضْمَنُ . نصَّ عليها . قال الزَّرْكَشِىُّ : ينْبَغِى أنْ يكونَ محَلُّ الرِّوايَةِ ، إذا ادَّعَى التَّلَفَ ، أمَّا إنْ ثبَتَ التَّلَفُ ، فإنَّه ينْبَغِى انْتِفاءُ الضَّمانِ ، رِوايَةً واحدةً .

الشرح الكبير

والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ ، إن ذَهَبَتِ الوَدِيعَةُ مِن بين مالِه ضَمِنَها ؛ لِما رُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه ضَمَّنَ أنَسَ بنَ مالِكٍ وَدِيعَةً ذَهَبَتْ مِن بينِ مالِه[1] . قال القاضى : والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى سَمّاها أمانَةً ، والضَّمانُ يُنافِى الأمانَةَ . ورَوَى الدّارَقُطْنِىُّ[2] ، عن عمرِو بنِ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَيسَ عَلَى الْمُودَعِ ضَمَانٌ » . [3]ولأنَّ المُسْتَوْدَعَ مُؤْتَمَنٌ ، فلم يَضْمَنْ ما تَلِف مِن غيرِ تَعَدِّيه ولا تَفْرِيطِه ، كما لو ذَهَبَتْ مع مالِه[3] ، [٥/١٥٠و] ولأنَّ المُسْتَوْدَعَ إنَّما يَحْفَظُها لصاحِبِها مُتَبَرِّعًا ، مِن غيرِ نَفْعٍ يَرْجِعُ إليه ، فلو لَزِمَه الضَّمانُ لامْتَنَعَ النّاسُ مِن الاسْتِيداعِ ، وذلك مُضِرٌّ ؛ لِما بَيَّنّاه مِن الحاجَةِ إليها . وما رُوِىَ عن عُمَرَ مَحْمُولٌ على التَّفْرِيطِ مِن أنَسٍ فى حِفْظِها ، فلا يُنافِى ما ذَكَرْناه . فإن تَعَدَّى المُودَعُ فيها ، أو فَرَّطَ فى حِفْظِها ، ضَمِنَها ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه ؛ لأنَّه مُتْلِفٌ لمالِ غيرِه ، فضَمِنَه ، كما لو أتْلَفَه مِن غيرِ اسْتِيداعٍ .

الإنصاف

فائدة : لو تَلِفَتْ مع مالِه مِن غيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه . بلا نِزاعٍ فى المذهبِ ، وقد تواتَرَ النَّصُّ عن أحمدَ بذلك . وإنْ تَلِفَتْ بتَعَدِّيه ، وتَفْرِيطِه ، ضَمِنَ ، بلا خِلافٍ .

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب لا ضمان على مؤتمن ، من كتاب الوديعة . السنن الكبرى ٦/٢٨٩ .

(٢) فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/٤١ . بنحوه .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الوديعة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨٠٢ . بنحوه أيضا .

(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع

وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِى حِرْزِ مِثْلِهَا .

الشرح الكبير

فصل : فإن شَرَط المُودِعُ على المُسْتَوْدَعِ ضَمانَ الوَدِيعَةِ ، فقَبِلَه ، أو قالَ : أنا ضامِنٌ لها . لم يَضْمَنْ . قال أحمدُ فى المُودَعِ : إذا قال : أنا ضامِنٌ . فسُرِقَتْ ، فلا شىءَ عليه . وكذلك كلُّ ما أصْلُه الأمانةُ ، كالمُضارَبَةِ ، ومالِ الشَّرِكَةِ ، والرَّهْنِ ، والوَكالَةِ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ وذلك لأنَّه شَرَط ضَمانَ ما لم يُوجَدْ سَبَبُ ضَمانِه ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو شَرَط ضَمانَ ما يَتْلَفُ فى يَدِ مالِكِه .

٢٤٣٣ – مسألة : (ويَلْزَمُه حِفْظُها فى حِرْزِ مِثْلِها) إذا أُودِعَ وَدِيعَةً ، ولم يُعَيِّنِ المُودِعُ له مَوْضِعًا لها ، فإنَّ المُودَعَ يَلْزَمُه حِفْظُها فى حِرْزِ مِثْلِها ، كما يَحْفَظُ مالَه . وحِرْزُ مِثْلِها يُذْكَرُ فى بابِ القَطْعِ فى السَّرِقَةِ . فإن لم يَحْفَظْها فى حِرْزِ مِثْلِها ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه فَرَّطَ فيها ، فإن وَضَعَها فى حِرْزِ مِثْلِها ، (١)ثم نَقَلَها عنه إلى حِرْزِ مِثْلِها(١) ، لم يَضْمَنْها ، سَواءٌ نَقَلَها إلى مِثْلِ الأوَّلِ أو دُونَه ؛ لأنَّ صاحِبَها رَدَّ حِفْظَها إلى رَأْيِه واجْتِهادِه ، وأذِنَ له فى إحْرازِها بما شاء مِن إحْرازِ مِثْلِها ، ولهذا لو تَرَكَها فى الثانِى أوَّلًا ، لم يَضْمَنْها ، فكذلك إذا نَقَلَها إليه . ولو كانتِ العَيْنُ فى بَيْتِ صاحِبِها ، فقال لرجلٍ : احْفَظْها فى مَوْضِعِها . فنقَلَها عنه مِن غيرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَها ؛

الإنصاف

قوله : ويَلْزَمُه حِفْظُها فى حِرْزِ مِثْلِها . يعْنِى ، عُرْفًا ، كالحِرْزِ فى السَّرِقَةِ ، على ما يأْتِى إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . هذا إذا لم يُعَيِّنْ له صاحِبُها حِرْزًا .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنْ عَيَّنَ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِى دُونِهِ ، ضَمِنَ .

الشرح الكبير لأنَّه ليس بمُودَعٍ ، إنَّما هو وَكِيلٌ فى حِفْظِها . وليس له إخْراجُها مِن مِلْكِ صاحِبِها ، ولا مِن مَوْضِعٍ اسْتَأْجَرَه لها ، إلَّا أن يَخافَ عليها ، فعليه إخْراجُها ؛ لأنَّه مَأْمُورٌ بحِفْظِها ، وقد تَعَيَّنَ حِفْظُها فى إخْراجِها ، ويَعْلَمُ أنَّ صاحِبَها لو حَضَر فى هذه الحالِ ، أخْرَجَها ، ولأنَّه مَأْمُورٌ بحِفْظِها على صِفَةٍ ، فإذا تعَذَّرَتِ الصِّفَةُ ، لَزِمَه حِفْظُها بدُونِها ، كالمُسْتَوْدَعِ إذا [١٥٠/٥ظ] خاف عليها .

٢٤٣٤ – مسألة : (وإن عَيَّنَ صاحِبُها حِرْزًا ، فجَعَلَها فى دُونِه ، ضَمِن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المُودِعَ إذا أمَرَ المُسْتَوْدَعَ بحِفْظِها فى مكانٍ عَيَّنَه ، فحَفِظَها فيه ، ولم يَخْشَ عليها ، فلا ضَمانَ عليه ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّه مُمْتَثِلٌ ، غيرُ مُفَرِّطٍ . وإن أحْرَزَها فى دُونِه ، ضَمِن ؛ لأنَّه مُخالِفٌ ، ولأنَّ صاحِبَها لم يَرْضَه .

الإنصاف قوله : فإنْ عَيَّنَ صاحِبُها حِرْزًا ، فجَعَلَها فى دُونِه ، ضَمِنَ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا . أعْنِى ، سواءٌ ردَّها إلى حِرْزِها الذى عيَّنَه له ، أوْ لا . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرُهم مِن الأصحابِ . وقيل : إنْ ردَّها إلى حِرْزِها الذى عيَّنَه له ، فتَلِفَتْ[1] ، لم يَضْمَنْ . حكاه فى « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : فإنْ عيَّنَ رَبُّها حِرْزًا ، فأَحْرَزَها بدُونِه ، ضَمِنَ . قلتُ : ولم يرُدَّها إلى حِرْزِه . انتهى .

---

(١) فى ط : « فتلف » .

المقنع

وَإِنْ أَحْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَقِيلَ : يَضْمَنُ إِلَّا أَنْ يَفْعَلَهُ لِحَاجَةٍ .

الشرح الكبير

٢٤٣٥ – مسألة : (وإن أحْرَزَها فى مِثْلِه ، أو فوقَه ، لم يَضْمَنْ) وكذلك إن نَقَلَها إلى مِثْلِ ذلك الحِرْزِ لغيرِ حاجةٍ . هذا قولُ القاضى . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ تَقْييدَه بهذا الحِرْزِ ، يَقْتَضِى ما هو مِثْلُه ، كمَن اكْتَرَى أرْضًا لزَرْعِ الحِنْطَةِ ، فله زَرْعُها وزَرْعُ مِثْلِها فى الضَّرَرِ ، ولأنَّ مَن رَضِىَ حِرْزًا ، رَضِىَ مِثْلَه أو فوقَه (وقِيلَ : يَضْمَنُ) ويَحْتَمِلُه كَلامُ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ الأمْرَ بشىءٍ يقْتَضِى تَعَيُّنَه ، فلا يُعْدَلُ عنه إلَّا بدَليلٍ . وإن نَقَلَها إلى أحْرَزَ منه ، فهو كما لو نَقَلَها إلى مِثْلِه ، وإن فَعَلَه لحاجةٍ ، لم يَضْمَنْ ؛ لِما نَذْكُرُه .

الإنصاف

قوله : وإنْ أحْرَزَها بمِثْلِه ، أو فوقَه ، لم يَضْمَنْ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الكافِى » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، فى المَسْألَةِ الأُولَى . وقدَّمه فيهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وجزَم به فى الثَّانيَةِ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقيل : يضْمَنُ فيهما ، إلَّا أنْ يفْعَلَه لحاجَةٍ . ذكَرَه الآمِدِىُّ ، وأبو حَكِيمٍ ، وهو رِوايَةٌ فى « التَّبْصِرَةِ » . قال المُصَنِّفُ : وهو (١ ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، وهو ظاهِرُ ١) كلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ حَرْبٍ . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . وقيل : يضْمَنُ ، إنْ أحْرَزَها بمِثْلِه ، ولا

(١ – ١) سقط من : الأصل .

المقنع وَإنْ نَهَاهُ عَنْ إخْرَاجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا لِغَشَيَانِ شَيءٍ الْغَالِبُ مِنْهُ التَّوَى ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإنْ تَرَكَهَا فَتَلِفَتْ ، ضَمِنَ . وَإنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَ .

الشرح الكبير **٢٤٣٦ – مسألة :** (وإن نَهاه) المالِكُ (عن إخْراجِها فأخْرَجَها (لغَشيانِ شيءٍ الغَالِبُ منه التَّوَى[1] ، لم يَضْمَنْ . وإن تَرَكَها فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها . وإن أخْرَجَها لغيرِ خَوْفٍ ، ضَمِن) إذا نَهاه المالِكُ عن إخْراجِها مِن ذلك المَكانِ ، فالحُكْمُ فيه حُكْمُ ما لو لم يَنْهَه ، على ما ذَكَرْنا مِن الخِلافِ فيه . فإن أخْرَجَها لشيءٍ الغالِبُ منه التَّوَى ، مِثْلَ أن خاف عليها نَهْبًا ، أو هَلاكًا ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّه غيرُ مُفَرِّطٍ في حِفْظِها ، لأنَّ حِفْظَها

الإنصاف يضْمَنُ ، إنْ أحْرَزَها بأعْلَى منه . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وقال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وهو أقْيَسُ . وأطْلَقَهُنَّ فيها[2] .

تنبيه : قال الحارِثِيُّ : لا فرْقَ ، فيما ذكَر ، بينَ الجَعْلِ أوَّلًا ، في غيرِ المُعَيَّنِ ، وبينَ النَّقْلِ إليه . قال في « التَّلْخيصِ » : وأصحابُنا لم يُفرِّقُوا بينَ تَلَفِها بسَبَبِ النَّقْلِ ، وبينَ تَلَفِها بغيرِه ، وعندِي ، إذا حصَل التَّلَفُ بسَبَبِ النَّقْلِ ؛ كانْهِدامِ البَيْتِ المَنْقُولِ إليه ، ضَمِنَ .

قوله : وإنْ نهاه عن إخْراجِها ، فأخْرَجَها لغَشَيانِ شَيءٍ ، الغالِبُ فيه التَّوَى ، لم يَضْمَنْ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ولا أعلمُ فيه خِلافًا . لكِنْ إذا أخْرَجَها

---

(١) التوى : الهلاك .

(٢) في ا : « فيهما » .

الشرح الكبير

نَقْلُها ؛ وتَرْكَها تَضْيِيعٌ لها . وإن نَقَلَها فى هذه الحالِ إلى دُونِ الحِرْزِ ؛ فإن أمْكَنَه إحْرازُها فى مِثْلِه ، أو أعْلى منه ، ضَمِنَها ؛ لتَفْرِيطِه ، وإن لم يُمْكِنْه ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ إحْرازَها بذلك أحْفَظُ لها ، وليس فى وُسْعِه سِواه . وإن تَرَكَها فتَلِفَتْ ، ضَمِن ، سَواءٌ تَلِفَتْ بالأمْرِ المَخُوفِ أو بغيرِه ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ فى حِفْظِها ؛ لأنَّ حِفْظَها فى نَقْلِها ، وتَرْكُها تَضْيِيعٌ لها . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمْرَ صاحِبِها ، أشْبَهَ ما لو قال : لا تُخْرِجْها وإن خِفْتَ عليها . فإن أخْرَجَها لغيرِ خَوْفٍ ، ضَمِن سَواءٌ أخْرَجَها إلى مِثْلِ الحِرْزِ أو دُونِه أو فوقِه ؛ لأنَّه خالَفَ نَصَّ صاحِبِها [١٥١/٥و] لغيرِ فائِدَةٍ . وهذا ظاهِرُ كلامِ الشافعىِّ . وفيه قولٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَضْمَنُ ، كما لو لم يُعَيِّنْ

الإنصاف

فلا يُحْرِزُها إلَّا فى حِرْزِ مِثْلِها أو فوْقَه ، فإنْ تعَذَّرَ ، والحالَةُ هذه ، ونقَل إلى أدْنَى ، فلا ضَمانَ . ذكَرَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، واقْتَصَر عليه الحارِثِىُّ ؛ لأنَّه إذَنْ أحْفَظُ ، وليس فى الوُسْعِ سِواه . قلتُ : فيُعايَى بها .

قوله : وإنْ تركَها فتَلِفَتْ ، ضَمِنَ . هذا المذهبُ ؛ لأنَّه يَلْزَمُه إخْراجُها ، والحالَةُ هذه . قال فى « الكافِى » : هذا المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : هذا أصحُّ . قال فى « الفروعِ » : لَزِمَه إخْراجُها فى الأصحِّ . قال فى « الفائقِ » : ضَمِنَ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ »، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الوَجيزِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وغيرِهم . وقيل : لايَضْمَنُ ؛ لأنَّه امْتَثَل أمْرَ رَبِّها .

الشرح الكبير

له حِرْزًا . وقد ذَكَرْناه . وهو قولُ القاضى . وقال أبو حنيفةَ : إن نَهاه عن نَقْلِها مِن بَيْتٍ ، فنقَلَها إلى بَيْتٍ آخَرَ مِن الدّارِ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ البَيْتَيْن مِن دارٍ واحِدَةٍ حِرْزٌ واحِدٌ ، وطَرِيقُ أحَدِهما طَرِيقُ الآخَرِ ، فأشْبَهَ ما لو نَقَلَها مِن زَاوِيَةٍ إلى زاوِيَةٍ . وإن نَقَلَها مِن دارٍ إلى دارٍ أُخْرَى ، ضَمِن . ولَنا ، أنَّه خالَفَ أمْرَ صاحِبِها بما لا مَصْلَحَةَ فيه ، فيَضْمَنُ ، كما لو نَقَلَها مِن دارٍ إلى دارٍ . ولا يَصِحُّ هذا الفَرْقُ ؛ لأنَّ بُيُوتَ الدّارِ تَخْتَلِفُ ، فمنها ما هو أقْرَبُ إلى الطَّرِيقِ ، أو إلى الانْهِدامِ ، أو إلى مَوْضِعِ الوَقُودِ ، أو أسْهَلُ فَتْحًا ، أو أضْعَفُ حائِطًا ، أو أسْهَلُ نَقْبًا ، أو يكونُ المالِكُ يَسْكُنُ به ، أو غيرِه وأشْباه هذا ممّا يُؤَثِّرُ فى الحِفْظِ أو فى عَدَمِه ، فلا يَجُوزُ تَفْوِيتُ غَرَضِ رَبِّ الوَدِيعَةِ مِن تَعْيِينِه مِن غيرِ ضَرُورَةٍ .

الإنصاف

(1)**فائدة** : لو تعَذَّرَ الأَمْثَلُ والمُماثِلُ ، والحالَةُ هذه ، فلا ضَمانَ . ذكَرَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »(1) .

قوله : وإنْ أخْرَجَها لغيرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : ويحْرُمُ إخْراجُها لغيرِ خَوْفٍ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وقيل : لايضْمَنُ . اختارَه القاضى ، قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » .

(1 - 1) زيادة من : ا .

المقنع

فَإِنْ قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرَجَهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، أَوْ تَرَكَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ .

الشرح الكبير

٢٤٣٧ – مسألة : (فإن قال : لا تُخْرِجْها وإن خِفْتَ عليها . فأخْرَجَها عندَ الخَوْفِ ، أو تَرَكَها ، لم يَضْمَنْ) إذا أخْرَجَها فى هذه الحالِ مِن غيرِ خَوْفٍ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه مُخالِفٌ شَرْطَ صاحِبِها لغيرِ حاجَةٍ . وإن أخْرَجَها عندَ خَوْفِه عليها ، أو تَرَكَها ، لم يَضْمَنْ إذا تَلِفَتْ ؛ (١)لأنَّ نَهْيَه(١) مع خَوْفِ الهَلاكِ نَصٌّ فيه ، وتَصْرِيحٌ به ، فيكونُ مَأْذُونًا فى تَرْكِها فى تلك الحالِ ، فلم يَضْمَنْها ؛ لامْتِثالِه أَمْرَ صاحِبِها ، أشْبَهَ ما لو أذِنَ له فى إتْلافِها . ولا يَضْمَنُ إذا أخْرَجَها ؛ لأنَّه زاده خَيْرًا وحِفْظًا ، فلم يَضْمَنْ ، كما لو أذِنَ له فى إتْلافِها ، فلم يَفْعَلْ حتى تَلِفَتْ .

فصل : إذا أخْرَجَ الوَدِيعَةَ المَنْهِىَّ عن إخْراجِها ، فتَلِفَتْ ، فادَّعَى أنَّه أخْرَجَها لغَشَيانِ نارٍ ، أو سَيْلٍ ، أو أمْرٍ ظاهِرٍ ، وأنْكَرَ صاحِبُها وُجودَه ، فعلى المُسْتَوْدَعِ البَيِّنَةُ أنَّه كان فى ذلك المَوْضِعِ ما ادَّعاه ؛ لأنَّه ممَّا لا تَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه ؛ لظُهُورِه . فإذا ثَبَت ذلك ، كان القولُ قَوْلَه فى التَّلَفِ مع يَمِينِه ، ولا يَحْتاجُ إلى بَيِّنَةٍ ؛ لأنَّه تَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ ، فلم يُطالَبْ

الإنصاف

قوله : وإنْ قالَ : لا تُخْرِجْها ، وإنْ خِفْتَ عليها . فأخْرَجَها عندَ الخَوْفِ ، أو تَرَكَها ، لم يضْمَنْ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم ؛ منهم صاحِبُ « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

بها ، كما لو ادَّعَى تلَفَها بأمْرٍ خَفِىٍّ [٥/١٥١ظ] . وهذا قولُ الشافعىِّ . والحُكْمُ فى إخْراجِها مِن الخَرِيطَةِ[1] والصُّنْدُوقِ ، حُكْمُ إخْراجِها مِن البَيْتِ ، على ما ذَكَرْنا مِن التَّفْصِيلِ .

فصل : ولو أمَرَه أن يَجْعَلَها فى مَنْزِلِه ، فتَرَكَها فى ثِيابِه ، وخَرَج بها ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ البَيْتَ أحْرَزُ لها . وإن جاءَه بها فى السُّوقِ ، فقال : احْفَظْها فى بَيْتِكَ . فقام بها فى الحالِ ، فتَلِفَتْ ، لم يَضْمَنْ . وإن تَرَكَها فى دُكّانِه أو ثِيابِه ، ولم يَحْمِلْها إلى بَيْتِه مع إمْكانِه ، فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ بَيْتَه أحْرَزُ لها . هكذا قال أصْحابُنا . قال شيخُنا[2] : ويَحْتَمِلُ أنَّه متى تَرَكَها عندَه إلى وَقْتِ مُضِيِّه إلى مَنْزِلِه فيَسْتَصْحِبُه[3] معه ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ المُودِعَ عالِمٌ بهذه العادَةِ ، راضٍ بها ، ولو لم يَرْضَ بها لشَرَطَ عليه خِلَافَها ، وأمَرَه بتَعْجيلِ حَمْلِها ، فإمّا أن يَقْبَلَها بهذا الشَّرْطِ أو يَرُدَّها .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : إنْ وافَقَه أو خالَفَه ، ضَمِنَ . قلتُ : وهو ضعيفٌ جدًّا .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِه ، أنَّه لو أخْرَجَها مِن غيرِ خَوْفٍ ، أنَّه يَضْمَنُ . وهو صحيحٌ . صرَّح به الأصحابُ .

---

(١) الخريطة : وعاء من جلد ونحوه يشد على ما فيه .

(٢) فى : المغنى ٩/٢٦٥ ، ٢٦٦ .

(٣) فى م : « فيصطحبه » .

المقنع

وَلَوْ أَوْدَعَهُ بَهِيمَةً ، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّى مَاتَتْ ، ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَنْهَاهُ الْمَالِكُ عَنْ عَلْفِهَا .

الشرح الكبير

٢٤٣٨ - مسألة : (وإن أَوْدَعَه بَهِيمَةً ، فلم يَعْلِفْها حتى ماتت ، ضَمِنَها ، إلَّا أن يَنْهاه المالِكُ عن عَلْفِها) إذا أَوْدَعَه بَهِيمَةً ، ولم يَأْمُرْه بعَلْفِها ، لَزِمَه ذلك . وبه قال الشافعيُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَه . وبه قال أبو حنيفةَ ؛ لأنَّه اسْتَحْفَظَه إيّاها ، ولم يَأْمُرْه بعَلْفِها ، والعَلْفُ على مالِكِها ، فإذا لم يَعْلِفْها كان هو المُفَرِّطَ . ولَنا ، أنَّه لا يَجُوزُ إتْلافُها ، ولا التَّفْرِيطُ فيها ، فإذا أمَرَه بحِفْظِها تَضَمَّنَ ذلك عَلْفَها وسَقْيَها ، فإن تَرَك عَلْفَها حتى تَلِفَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ فيها . فإن أمَرَه صاحِبُها بعَلْفِها وسَقْيِها ، لَزِمَه ذلك لحُرْمَةِ صاحِبِها ؛ لأنَّه أخَذَها منه على ذلك ، ولحُرْمَةِ البَهِيمَةِ ، فإنَّ الحَيَوانَ يَجِبُ إحْياؤُه بالعَلْفِ والسَّقْيِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَه عَلْفُها ، إلَّا أن يَقْبَلَ ذلك ؛ لأنَّ هذا تَبَرُّعٌ به ، فلا يَلْزَمُه بمُجَرَّدِ أمْرِ صاحِبِها ، كغيرِ الوَديعةِ . والأوَّلُ أوْلَى . ثم يُنْظَرُ ؛ فإن قَدَر المُسْتَوْدَعُ على صاحِبِها أو وَكِيلِه ، طالَبَه بالإنْفاقِ عليها ، أو يَرُدُّها عليه ، أو يَأْذَنُ له في الإنْفاقِ عليها ليَرْجِعَ به . فإن عَجَز عن صاحِبِها أو وَكِيلِه ، رَفَع الأمْرَ إلى الحاكِمِ ،

الإنصاف

قوله : وإنْ أَوْدَعَه بَهِيمَةً ، فلم يَعْلِفْها حتى ماتَتْ ، ضَمِنَ . هذا المذهبُ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقطَع به كثيرٌ منهم . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِيِّ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل : لايضْمَنُها . وهو احْتِمالٌ في « المُغْنِي » . قلتُ : لكِنْ يَحْرُمُ تَرْكُ عَلْفِها . ويأْثَمُ حتى ولو قالَ له : لاتَعْلِفْها . [٢١٧/٢و] على ما يأْتِي .

فإن وَجد لصاحِبِها مالًا أنْفقَ عليها منه ، وإن لم يَجِدْ مالًا فَعَل ما يَرَى

الشرح الكبير

لصاحِبِها الحَظَّ [٥/١٥٢و] فيه ، مِن بَيْعِها ، أو بَيْعِ بَعْضِها وإنْفاقِه عليها ، أو إجارَتِها ، أو الاسْتِدانَةِ على صاحِبِها ، ويَدْفَعُه إلى المُودَعِ لِيُنْفِقَه عليها ، أو إلى غيرِه فيُنْفِقُ عليها ، إن رَأى ذلك . ويَجُوزُ أن يَأْذَنَ للمُودَعِ أن يُنْفِقَ عليها مِن مالِه ، ويكونَ قابِضًا مِن نَفْسِه لنَفْسِه ، ويَكِلُ ذلك إلى اجْتِهادِه فى قَدْرِ ما يُنْفِقُ ، ويَرْجِعُ به على صاحِبِها ، فإنِ اخْتَلَفا فى قَدْرِ النَّفَقةِ ، قُبِل قولُ المُودَعِ إذا ادَّعَى النَّفَقةَ بالمَعْرُوفِ ، وإنِ ادَّعَى زِيادَةً ، لم يُقْبَلْ . وإنِ اخْتَلَفا فى قَدْرِ المُدَّةِ ، فالقولُ قولُ صاحِبِها ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ ذلك . وإن لم يَقْدِرْ على الحاكِمِ ، فأنْفَقَ عليها مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ على صاحِبِها ، وأشْهَدَ على الرُّجُوعِ ، رَجَع بما أنْفَقَ ؛ لأنه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ، ولا تَفْرِيطَ منه إذ لم يَجِدْ حاكِمًا . وإن فَعَل ذلك مع إمْكانِ اسْتِئْذانِ الحاكِمِ مِن غيرِ إذْنِه ، ففيه رِوايَتان . نَصَّ عليهما فيما إذا أنْفَقَ على البَهِيمَةِ المَرْهُونَةِ مِن غيرِ إذْنِ الرّاهِنِ ؛ إحْداهما ، يَرْجِعُ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا . والثانيةُ ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ بتَرْكِ اسْتِئْذانِ الحاكِمِ . وإن أنْفَقَ مِن غيرِ

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، لو أمَرَه بعَلْفِها ، لَزِمَه ذلك مُطْلَقًا : على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يَلْزَمُه إلَّا مع قَبُولِه . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » . ومنها ، لو نَهاه عن عَلْفِها ، انْتَفَى وُجوبُ الضَّمانِ بالنِّسْبَةِ إلى حَظِّ المالِكِ ، وأمَّا بالنِّسْبَةِ إلى الحُرْمَةِ ، فلا أثَرَ لنَهْيِه ، والوُجوبُ باقٍ بحالِه . قال فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » : ويَقْوَى عندِى أنَّه يَضْمَنُ . ومنها ، إنْ كان إنْفاقُه عليها بإذْنِ رَبِّها ، فلا كلامَ . وإنْ تعذَّرَ إذْنُه ؛ فإنْ أنْفَقَ بإذْنِ حاكمٍ ، رجَع به ، وإنْ كان بغيرِ إذْنِه ؛ فإنْ كان مع تعذُّرِه ، وأشْهَدَ

الشرح الكبير

إشْهادٍ ، مع العَجْزِ عن اسْتِئْذانِ الحاكِمِ ، أو مع إمْكانِه ، ففى الرُّجُوعِ أيضًا وَجْهان ، وَجْهُهما ما ذَكَرْنا . ومتى عَلَف البَهِيمَةَ أو سَقاها فى دارِه أو غيرِها ، بنَفْسِه أو أمَرَ غُلامَه أو صاحِبَه ففَعَلَ ذلك ، كما يَفْعَلُ فى بَهائِمِه ، على ما جَرَتْ به العادَةُ ، فلا ضَمانَ فيه ؛ لأنَّ هذا مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ، لجَرَيانِ العادَةِ به ، فأشْبَهَ المُصَرَّحَ به .

فصل : فإن نَهاه المالِكُ عن عَلْفِها وسَقْيِها ، لم يَجُزْ له تَرْكُ عَلْفِها ؛ لأنَّ للحَيَوانِ حُرْمَةً فى نَفْسِه يَجِبُ إحْياؤُه لحَقِّ اللهِ تعالى . فإن عَلَفَها وسَقاها ، فهو كما لو لم يَنْهَه ، وإن تَرَكَها حتى تَلِفَتْ ، لم يَضْمَنْها . وهو قولُ أكْثَرِ أصْحابِ الشافعىِّ . وقال بَعْضُهم : يَضْمَنُ ؛ لأنَّه تعَدَّى بتَرْكِ عَلْفِها ، أشْبَهَ ما إذا لم يَنْهَه . وهو قولُ ابنِ المُنْذِرِ ؛ لنَهْىِ رسولِ اللهِ ﷺ عن إضاعَةِ المالِ ، فيَصِيرُ أمْرُ مالِكِها وسُكوتُه سَواءً . ولَنا ، [٥/١٥٢ظ] أنَّه مُمْتَثِلٌ قولَ صاحِبِها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو أمَرَه بقَتْلِها ، ففَعَل ، وكما

الإنصاف

على الإنْفاقِ ، فله الرُّجُوعُ . قال الحارِثِىُّ : رِوايَةً واحدةً . حكاه الأصحابُ . وإنْ كان مع إمْكانِ إذْنِ الحاكمِ ، ولم يسْتَأْذِنْه ، بل نَوَى الرُّجُوعَ فقط ، لم يَرْجِعْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » هنا . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، فى بابِ الرَّهْنِ ، و « المُنَوِّرِ » . وقيل : يَرْجِعُ . جزَم به فى « المُنْتَخَبِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وصحَّحه الحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ،

الشرح الكبير

لو قال : لا تُخْرِجِ الوَدِيعَةَ وإن خِفْتَ عليها . فخاف عليها و لم يُخْرِجْها ، أو أمَرَه بإلقائِها فى نارٍ . وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوه . ومَنَع ابنُ المُنْذِرِ الحُكْمَ فيما إذا أمَرَه بإتْلافِها فأتْلَفَها . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّه نائِبُ صاحِبِها ، فلم يَغْرَمْ ، كما لو اسْتَنابَه فى مُباحٍ ، والتَّحْرِيمُ أثَرُه فى بَقاءِ حَقِّ اللهِ تعالى . وهو الإثْمُ ، أمّا حَقُّ الآدَمِىِّ فلا يَبْقَى مع إذْنِه فى تَفْوِيتِه ، ولأنَّها لم تَتْلَفْ بفِعْلِه ، وإنَّما تَلِفَتْ بتَرْكِ العَلْفِ المَأْذُونِ فيه ، أشْبَهَ ما إذا نَهاه عن إخْراجِها مع الخَوْفِ ، فلم يُخْرِجْها .

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ »، و « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وظاهِرُ « الفُروعِ » ، فى بابِ الرَّهْنِ ، إطْلاقُ الخِلافِ . وقال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والسَّبْعِين » : إذا أنْفَقَ المُودَعُ[1] على الحَيوانِ المُسْتَوْدَعِ ناوِيًا للرُّجوعِ ؛ فإنْ تَعذَّرَ اسْتِئْذانُ مالِكِه ، رجَع ، وإنْ لم يتعذَّرْ ، فطَرِيقَتان ؛ إحْداهما ، أنَّه على الرِّوايتَيْن فى قَضاءِ الدَّيْنِ وأوْلَى ؛ لأنَّ للحَيوانِ حُرْمَةً فى نفسِه تُوجِبُ تقْدِيمَه على قَضاءِ الدَّيْنِ أحْيانًا ، وهى طريقةُ صاحبِ « المُغْنِى » . والثَّانيةُ ، لا يَرْجِعُ ، قوْلًا واحدًا ، وهى طريقةُ صاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، مُتابَعَةً لأبى الخَطَّابِ . انتهى . وهذه الطَّرِيقَةُ هى المذهبُ . وهى طريقَةُ صاحِبِ « التَّلْخِيصِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وتقدَّم حُكْمُ المَسْأَلَةِ فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ الرَّهْنِ أيضًا . ومنها ، لو خِيفَ على الثَّوْبِ العَثُّ ، وجَب عليه نَشْرُه ، فإنْ لم يَفْعَلْ وتَلِفَ ، ضَمِنَ .

---

(١) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

فَإِنْ قَالَ : اتْرُكِ الْوَدِيعَةَ فِي جَيْبِكَ . فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ ، ضَمِنَ . وَإِنْ قَالَ : اتْرُكْهَا فِي كُمِّكَ . فَتَرَكَهَا فِي جَيْبِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . فَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٣٩ – مسألة : (وإن قال : اتْرُكِ الوَدِيعَةَ فى جَيْبِك . فتَرَكَها فى كُمِّه ، ضَمِن) لأنه رُبَّما نَسِىَ ، فسَقَطَ الشىءُ مِن كُمِّه . وكذلك إن تَرَكَها فى يَدِه ؛ لأنَّ الجَيْبَ أحْرَزُ (وإن قال : اتْرُكْها فى كُمِّك . فتَرَكَها فى [1]جَيْبِه ، لم يَضْمَنْ) لأنَّ الجَيْبَ أحْرَزُ ، على ما ذَكَرْنا . وإن قال : اتْرُكْها فى كُمِّك (فتَرَكَها فى[1] يَدِه ، احْتَمَلَ وَجْهَيْن) أحَدُهما ، يَضْمَنُ ؛ لأنَّ سُقوطَ الشىءِ مِن اليَدِ مع النِّسْيانِ أكْثَرُ مِن سُقوطِه مِن الكُمِّ . والثانِى ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّ اليَدَ لا يَنْبَسِطُ عليها الطَّرّارُ بالبَطِّ[2] ، بخِلافِ

الإنصاف

قوله : وإن قالَ : اتْرُكْها فى كُمِّك . فتركَها فى جَيْبِه ، لم يَضْمَنْ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . ويَتخرَّجُ على الوَجْهِ المُتقدِّمِ بالضَّمانِ بالإِحْرازِ فيما فوقَ المُعَيَّنِ[3] ، وُجوبُ الضَّمانِ هنا . قالَه الحارِثِىُّ .

قوله : وإنْ تركَها فى يدِه ، احْتَمَلَ وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحَدُهما ، لا يضْمَنُ .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) الطرار : النشال . وبط الكم : شقه .

(٣) فى الأصل ، ا : « العين » .

الشرح الكبير

الكُمِّ ، ولأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما أحْرَزُ مِن وَجْهٍ ، فتساوَيا . ولِمَن نَصَر الأوَّلَ أن يقولَ : متى كان كلُّ واحِدٍ منهما أحْرَزَ مِن وَجْهٍ ، وَجَب أن يَضْمَنَ ؛ لأنَّه فَوَّتَ الوَجْهَ المأْمُورَ بالحِفْظِ به ، وأتَى بما لم يُؤْمَرْ به ، فضَمِنَ لمُخالَفتِه . وعلى هذا ، لو أمَرَه بتَرْكِها فى يَدِه ، فجَعَلَها فى كُمِّه ، ضَمِن لذلك[1] . وقال القاضى : اليَدُ أحْرَزُ عندَ المُغالَبَةِ ، والكُمُّ أحْرَزُ عندَ عَدَمِ المُغالَبَةِ . فعلى هذا ، إن أمَرَه بتَرْكِها فى يَدِه ، فشَدَّها فى كُمِّه من غيرِ حالِ المُغالَبَةِ ، فلا ضَمانَ عليه ، وإن فَعَل ذلك عندَ المُغالَبَةِ ، ضَمِن . وإن أمَرَه بحِفْظِها مُطْلَقًا ، فتَرَكَها فى جَيْبِه ، أو شَدَّها فى كُمِّه ، لم يَضْمَنْها . وإن تَرَكَها فى كُمِّه غيرَ مَشْدُودَةٍ ، وكانت خَفِيفَةً لا يَشْعُرُ بها

الإنصاف

قال الحارِثِىُّ : وهو الأظْهَرُ عندَ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ . [2]وجزَم به فى « الوَجيزِ »[2] . والثَّانى ، يَضْمَنُ . وهو الصَّحيحُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » . قال الحارِثِىُّ : وإليه مَيْلُ المُصَنِّفِ فى « كِتابَيْه » . وقدَّمه فى « إدْراكِ الغايَةِ » . وفى « التَّلْخيصِ » وجْهٌ ثالثٌ ، إنْ تَلِفَتْ بأخْذِ غاصِبٍ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ اليَدَ بالنِّسْبَةِ إليه أحْرَزُ . وإنْ تَلِفَتْ لنَوْمٍ أو نِسْيانٍ ، ضَمِنَ ؛ لأنَّها لو كانتْ فى الكُمِّ مَرْبوطَةً ، لَما ذهَبَتْ .

فوائد ؛ الأُولَى ، وكذلك الحُكْمُ والخِلافُ لو قال : اتْرُكْها فى يَدِك . فتَرَكَها فى كُمِّه . قال فى « الفُروعِ » وغيرِه : وقال القاضى : اليَدُ أحْرَزُ عندَ المُغالَبَةِ ، والكُمُّ أحْرَزُ عندَ عدَمِ المُغالَبَةِ . فعلى هذا ، إنْ أمَرَه بتَرْكِها فى يَدِه ، فشَدَّها فى

---

(1) فى م : « كذلك » .

(2 - 2) سقط من : ط .

الشرح الكبير

إذا سَقَطَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ ، وإن كانت ثَقِيلَةً يَشْعُرُ بها ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ هذا عادَةُ الناسِ في حِفْظِ أمْوالِهم . وإن شَدَّها على عَضُدِه ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ ذلك أحْفَظُ لها . [١٥٣/٥و] وقال القاضي : إن شَدَّها مِن جانِبِ الجَيْبِ ، لم يَضْمَنْها ، وإن شَدَّها مِن الجانِبِ الآخرِ ، ضَمِن ؛ لأنَّ الطَّرّارَ يَقْدِرُ على بَطِّها ، بخِلافِ ما إذا شَدَّها ممّا يَلِي الجَيْبَ . وهذا يَبْطُلُ بما إذا تَرَكَها في جَيْبِه ، أو رَبَطَها في كُمِّه ، فإنَّ الطَّرّارَ يَقْدِرُ على بَطِّها ولا يَضْمَنُ ، وليس إمْكانُ حِرْزِها بأحْفَظِ الحِرْزَيْن مانِعًا من إحْرازِها بما دُونَه ، إذا كان حِرْزًا لمِثْلِها . وشَدُّها على العَضُدِ حِرْزٌ لها كيفما كان ؛ لأنَّ النّاسَ يُحَرِّزُون به أمْوالَهم ، فأشْبَهَ شَدَّها في الكُمِّ وتَرْكَها في الجَيْبِ ، لكنْ لو أمَرَه بشَدِّها ممَّا يَلِي الجَيْبَ ، فشَدَّها مِن الجانِبِ الآخرِ ، ضَمِن . وإن أمَرَه بشَدِّها ممّا يَلِي الجانِبَ الآخَرَ ، فشَدَّها ممّا يلي الجَيْبَ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنه أحْرَزُ . وإن أمَرَه بشَدِّها على عَضُدِه مُطْلَقًا ، أو أمَرَه بحِفْظِها معه ، فشَدَّها مِن أيِّ الجانِبَيْن كان ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنه مُمْتَثِلٌ أمْرَ مالِكِها ، مُحْرِزٌ لها بحِرْزِ مِثْلِها . وإن شَدَّها على وَسَطِه ، فهو أحْرَزُ لها ، وكذلك إن تَرَكَها في بَيْتِه في حِرْزِها .

الإنصاف

كُمِّه في غيرِ حالِ المُغالبَةِ ، فلا ضَمانَ عليه ، وإنْ فعَل ذلك عندَ المُغالَبَةِ ، ضَمِنَ . الثَّانيةُ ، لو جاءَه إلى السُّوقِ وأمَرَه بحِفْظِها في بَيْتِه ، فترَكَها عندَه إلى مُضِيِّه إلى مَنْزِله ، ضَمِنَ . جزَم به في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . قال الحارِثِيُّ : فقال الأصحابُ : يَضْمَنُ مُطْلَقًا . وقيل : لايَضْمَنُ والحالَةُ هذه . وهو احْتِمالٌ في « المُغْنِى » ، ومالَ إليه . قال الحارِثِيُّ :

الشرح الكبير

فصل : وإن أمَرَه أن يَجْعَلَها فى صُنْدُوقٍ ، وقال : لا تَقْفِلْ عليها ، ولا تَنَمْ فوقَها . فخالَفَه ، أو قال : لا تَقْفِلْ عليها إلَّا قُفْلًا واحِدًا . فجَعَلَ عليها قُفْلَيْن ، فلا ضَمانَ عليه . ذَكَرَه القاضى . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ أنَّه يَضْمَنُ ؛ لأنَّه خالَفَ رَبَّها فى شىءٍ له فيه غَرَضٌ يَتَعَلَّقُ بحِفْظِها ، أشْبَهَ ما لو نَهاه عن إخراجِها عن مَنْزِلِه ، فأخْرَجَها لغيرِ حاجَةٍ ؛ وذلك لأنَّ النَّوْمَ عليها ، وتَرْكَ قُفْلَيْن ، وزِيادَةَ الاحْتِفاظِ ، يُنَبِّهُ اللِّصَّ عليها ، ويَحُثُّه على الجِدِّ فى سَرِقَتِها ، والاحْتِيالِ لأخْذِها . ولَنا ، أنَّ ذلك أحْرَزُ لها ، فلم يَضْمَنْ بفِعْلِه ، كما لو أمَرَه بتَرْكِها فى صَحْنِ الدّارِ ، فتَرَكَها فى البَيْتِ ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوه .

الإنصاف

وهذا الصَّحيحُ إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . قال فى « الفُروعِ » : وهو الأظْهَرُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . الثَّالثَةُ ، لو دفعَها إليه ، وأطْلَقَ ، ولم يُعَيِّنْ مَوْضِعًا ، فتركَها بجَيْبِه أو يَدِه ، أو شَدَّها فى كُمِّه ، أو ترَك فى كُمِّه ثقِيلًا بلا شَدٍّ ، أو ترَكَها فى وَسَطِه ، وشدَّ عليها سَراوِيلَه ، لم يَضْمَنْ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وكذا لو شدَّها على عَضُدِه . وهذا المذهبُ فى ذلك كلِّه . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال القاضى : إنْ شدَّها على عَضُدِه مِن جانِبِ الجَيْبِ ، لم يضْمَنْها ، وإنْ شدَّها مِن الجانِبِ الآخَرِ ، ضَمِنَ . وقال ابنُ عَقِيلٍ ، فى (1« الفُصولِ » : إنْ1) ترَكَها فى جَيْبٍ أو كُمٍّ ، ضَمِنَ ، على الرِّوايَةِ التى تقولُ : إنَّ الطَّرَّارَ لا يُقْطَعُ . وقال أيضًا : إنْ ترَكَه فى رَأْسِه ، أو غرَزَه فى عِمامَتِه ، أو تحتَ قَلَنْسُوَتِه ، احْتَمَلَ أنَّه حِرْزُ مِثْلِه . الرَّابعَةُ ، إذا اسْتَوْدَعَه خاتَمًا ، وقال : اجْعَلْه فى

(1 - 1) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وإن قال : اجْعَلْها فى هذا البَيْتِ ، ولا تُدْخِلْه أحَدًا . فأدْخَلَ إليه قَوْمًا ، فسَرَقَها أحَدُهم ، ضَمِنَها ؛ لأنَّها ذَهَبَتْ بتَعَدِّيه ومُخالَفَتِه . [١٥٣/٥ظ] وسَواءٌ سَرَقَها حالَ إدْخالِهم أو بعدَه ؛ لأنَّه رُبَّما شاهَدَ الوَدِيعَةَ فى دُخُولِه البَيْتَ ، وعَلِم مَوْضِعَها ، وطَرِيقَ الوُصُولِ إليها . وإن سَرَقَها مَن لم يَدْخُلِ البَيْتَ ، فقال القاضى : لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّ فِعْلَه لم يَكُنْ سَبَبًا لإتْلافِها . ويَحْتَمِلُ أن يَضْمَنَ ؛ لأنَّ الدّاخِلَ رُبَّما دَلَّ عليها مَن لم يَدْخُلْ ، ولأنَّها مُخالَفَةٌ تُوجِبُ الضَّمانَ إذا كانت سَبَبًا لإتْلافِها ، فأوْجَبَتْه وإن لم تكنْ سَبَبًا ، كما لو نَهاه عن إخْراجِها ، فأخْرَجَها لغيرِ حاجَةٍ . وإن قال : ضَعْ هذا الخاتَمَ فى الخِنْصِرِ . فوَضَعَه فى البِنْصِرِ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّها أغْلَظُ وأحْفَظُ له[1] ، إلَّا أن[1] لا يَدْخُلَ فيها ، فيَضَعَه فى أُنْمُلَتِها العُلْيا ، أو يَنْكَسِرَ لغِلَظِها عليه ، فيَضْمَنَه فى المَوْضِعَيْن ؛ لأنَّ مُخالَفَتَه سَبَبٌ لتَلَفِه .

الإنصاف

الخِنْصَرِ . فلَبِسَه فى البِنْصَرِ ، فلا ضَمانَ . ذكَرَه الأصحابُ ؛ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم ؛ لأنَّها أغْلَظُ ، فهى أحْرَزُ . وفيه الوَجْهُ المُخَرَّجُ المُتقدِّمُ . لكِنْ إنِ انْكَسَرَ لغِلَظِها ، ضَمِنَ . ذكَرَه الأصحابُ أيضًا . وإنْ قال : اجْعَلْه فى البِنْصَرِ . فجعَلَه فى [٢١٧/٢ظ] الخِنْصَرِ ، ضَمِنَ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، واقْتَصرَ عليه الحارِثِىُّ أيضًا . وإنْ جعَلَه فى الوُسْطَى ، وأمْكَنَ إدْخالُه فى جَميعِها ، لم يَضْمَنْ . ذكَرَه فى « الكافِى » ، واقْتَصرَ عليه الحارِثِىُّ أيضًا . وإن لم يَدْخُلْ فى جميعِها ، فجعَلَه فى بعضِها ، ضَمِنَ ؛ لأنَّه أدْنَى مِنَ المَأْمُورِ به . الخامسَةُ ، لو قال : احْفَظْها فى هذا البَيْتِ ، ولا تُدْخِلْه أحدًا . فخالَفَ وتَلِفَتْ بحَرْقٍ ، أو

---

(١) سقط من : م .

المقنع وَإنْ دَفَعَ الْوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ؛ كَزَوْجَتِهِ وَعَبْدِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ .

الشرح الكبير ٢٤٤٠ – مسألة : (وإن دفَع الوَدِيعَةَ إلى مَن يَحْفَظُ مالَه ؛ كزَوْجَتِه أو عَبْدِه ، لم يَضْمَنْ) نَصَّ على هذا أحمدُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : يَضْمَنُ ؛ لأنَّه سَلَّمَ الوَدِيعَةَ إلى مَن لم يَرْضَ به صاحِبُها ، فضَمِنَها ، كما لو دَفَعَها إلى أجْنَبِىٍّ . ولَنا ، أنَّه حَفِظَها بما يَحْفَظُ به مالَه ، أشْبَهَ ما إذا حَفِظَها بنَفْسِه ، وكما لو دَفَع الماشِيَةَ إلى الرّاعِى ، أو البَهِيمَةَ إلى غُلامِه لِيَسْقِيَها ، ويُفارِقُ الأجْنَبِىَّ ؛ فإنَّ دَفْعَها إليه لا يُعَدُّ حِفْظًا منه .

الإنصاف غَرَقٍ ، أو سَرِقَةِ غيرِ الدَّاخِلِ ، ففى الضَّمانِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يضْمَنُ . اخْتارَه القاضى . والثَّانى ، يضْمَنُ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، ومالَ إليه الشَّارِحُ .

قوله : وإنْ دفَع الوَدِيعَةَ إلى مَن يَحْفَظُ مالَه ؛ كزَوْجَتِه ، وعَبْدِه ، لم يضْمَنْ . وكذا خادِمُه . وهذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، ونصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، ونصَرَه ، وغيرِهم . وقيل : يَضْمَنُ . ذكَرَه ابنُ أبى مُوسى . قال الحارِثِىُّ : وأوْرَدَه السَّامَرِّىُّ ، عن ابنِ أبِى مُوسى وَجْهًا ، ولم أجِدْه فى « الإرْشادِ » .

فوائد ؛ منها ، أَلْحَقَ فى « الرَّوْضَةِ » الوَلَدَ ونحوَه بالزَّوْجَةِ والعَبْدِ . قلتُ : إنْ كان ممَّن يحْفَظُ مالَه ، فلا إشْكالَ فى إدْخالِه ، وإلَّا فلا فى الجَميعِ ، حتى الزَّوْجَةِ والعَبْدِ والخادِمِ ، فلا حاجَةَ إلى الإلْحاقِ ، وكذلك قال الحارِثِىُّ .

المقنع

وَإِنْ دفَعهَا إِلَى أَجْنَبِىٍّ أَوْ حَاكِمٍ ، ضَمِنَ ، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الْأَجْنَبِىِّ . وَقَالَ الْقَاضِى : لَهُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير

٢٤٤١ – مسألة : (وإن دَفَعَها إلى أجْنَبِىٍّ أو حاكِمٍ ، ضَمِن ، وليس للمالِكِ مُطالَبَةُ الأَجْنَبِىِّ . وقال القَاضِى : له ذلك) إذا دَفَع الوَدِيعَةَ إلى غيرِه لغيرِ عُذْرٍ ، فعليه الضَّمانُ ، بغيرِ خِلافٍ فى المَذْهَبِ ، إلَّا أن يَدْفَعَها إلى مَن جَرَتْ عادَتُه بحِفْظِ مالِه . وقد ذَكَرْناه فى المَسْأَلَةِ قبلَها ، وذَكَرْنا الخِلافَ فيه . وقال شُرَيْحٌ ، ومالِكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفة

الإنصاف

وقوله : إلى مَن يحْفَظُ مالَه ؛ كزَوْجَتِه ، وعَبْدِه . اعْتبارٌ لوُجودِ وَصْفِ الحِفْظِ لمَالِه فى مَن ذكَر ، على ما تقدَّم ، فإنْ لم يُوجَدْ ، ضَمِنَ ، إذا دفَع إليه . وهو كما قال . انتهى . ومنها ، لو رَدَّ الوَديعَةَ إلى مَن جَرَتِ العادَةُ بأنْ يَحْفَظَ مالَ المُودِعِ ، بكَسْرِ الدَّالِ ، كزَوْجَتِه ، وأمَتِه ، وعَبْدِه ، فتَلِفَتْ ، لم يَضْمَنْ . نصَّ عليه . وقيل : يَضْمَنُ . حَكاه ابنُ أبِى مُوسى وَجْهًا . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . وتقدَّم نَظِيرُ ذلك فى العارِيَّةِ . ومنها ، لو دفَعَها إلى الشَّرِيكِ ، ضَمِنَ ، كالأَجْنَبِىِّ المَحْضِ . ومنها ، له الاسْتِعانَةُ بالأجانِبِ فى الحَمْلِ ، والنَّقْلِ ، وسَقْىِ الدَّابَّةِ ، وعَلْفِها . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، واقْتَصَرَ عليه الحارِثِىُّ .

قوله : وإنْ دفَعَها إلى أجْنَبِىٍّ ، أو حاكِمٍ ، ضَمِنَ ، وليس للمالِكِ مُطالَبَةُ الأَجْنَبِىِّ ، وقال القاضى : له ذلك . إذا أَوْدَعَ المُودَعُ ، بفَتْحِ الدَّالِ ، الوَدِيعَةَ لأَجْنَبِىٍّ ، أو حاكِمٍ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ لعُذْرٍ أو غيرِه ؛ فإنْ كان لعُذْرٍ ، جازَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ فى الجُمْلَةِ . وقال فى « الفُروعِ » : ويَتَوَجَّهُ تخْريجُ رِوايَةٍ مِن توْكِيلِ الوَكِيلِ ، له الإيداعُ بلا عُذْرٍ ،

الشرح الكبير

وأصْحابُه ، وإسحاقُ : متى دَفَعَها إلى أجْنَبِىٍّ أو حاكِمٍ ، ضَمِن . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ عليه حِفظَها وإحْرازَها ، وقد أحْرَزَها عندَ غيرِه وحَفِظَها به ، ولأنَّه يَحْفَظُ مالَه بإيداعِه ، فإذا أوْدَعَها فقد حَفِظَها بما يَحْفَظُ به مالَه ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو [١٠٤/٥و] حَفِظَها فى حِرْزِه . ولَنا ، أنَّه خالَفَ المُودِعَ فضَمِنَها ، كما لو نَهاه عن إيداعِها ؛ فإنَّه أمَرَه بحِفْظِها بنَفْسِه ، فلم يَرْضَ لها غيرَه . فإن فَعَل فتَلِفَتْ عندَ الثانِى ، مع عِلْمِه بالحالِ ، فله تَضْمِينُ أيِّهما شاء ؛ لأنَّهما مُتَعَدِّيان ، ويَسْتَقِرُّ ضَمانُها على الثانِى ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل عندَه ، وقد دَخَل على أنَّه يَضْمَنُ ، وإن لم يَعْلَمِ الحالَ ، فله تَضْمِينُ الأوَّلِ ، وليس للأوَّلِ الرُّجُوعُ على الثانِى ؛ لأنَّه دَخَل معه فى العَقْدِ على أنَّه أمِينٌ له[1] لا ضَمانَ عليه . وإن أحَبَّ المالِكُ تَضْمِينَ الثانِى ، فليس له تَضْمِينُه ، فى ظاهِرِ كَلامِ أحمدَ . قالَه القاضى ؛ لأنَّ أحمدَ ذَكَر الضَّمانَ على الأوَّلِ فقط . وهذا مَذْهَبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنه قَبَض قَبْضًا مُوجِبًا للضَّمانِ على الأوَّلِ ، فلم يُوجِبْ ضَمانًا آخَرَ . ويُفارِقُ

الإنصاف

وإنْ كان لغيرِ عُذْرٍ ، لم يَجُزْ ، ويَضْمَنُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : يجوزُ إيداعُها للحاكِمِ ، مع الإقامَةِ وعدَمِ العُذْرِ . وتقدَّم تخرِيجُه فى « الفُروعِ » ، فهو أعَمُّ . فعلى المذهبِ ، إنْ كان الثَّانى عالِمًا بالحالِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، وللمالِكِ مُطالَبَته ، بلا نِزاعٍ ، وإنْ كان جاهِلًا ، لم يَلْزَمْه . وقدَّم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه ليس له مُطالَبَته ، أىْ تَضْمِينُه . وهو اخْتِيارُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، وقالا : إنَّه ظاهِرُ كلامِه . قال فى

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

القَبْضَ مِن الغاصِبِ ؛ فإنَّه لم يُوجِبِ الضَّمانَ على الغاصِبِ ، إنَّما لَزِمَه الضَّمانُ بالغَصْبِ . قال شَيْخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أنَّ له تَضْمِينَ الثانِى أيضًا . وهو قولُ القاضى ، ومَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه قَبَض مالَ غيرِه على وَجْهٍ لم يكنْ له قَبْضُه ، ولم يَأْذَنْ له مالِكُه ، فيَضْمَنُه ، كالقابِضِ مِن الغاصِبِ . وذِكْرُ أحمدَ الضَّمانَ على الأوَّلِ لا يَنْفِى الضَّمانَ عن الثّانِى ، كما أنَّ الضَّمانَ يَلْزَمُ الغاصِبَ ، ولا يَنْفِى وُجُوبَه على القابِضِ منه . فعلى هذا ، يَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الأوَّلِ ، فإن ضَمَّنَه لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن ضَمَّنَ الثّانِىَ رَجَع على الأوَّلِ . وهذا القولُ أقْرَبُ إلى الصَّوابِ ، وما ذَكَرْنا للقولِ الأوَّلِ لا أصْلَ له ، ثم هو مُنْتَقِضٌ بما إذا دَفَع الوَدِيعَةِ إلى إنْسانٍ عارِيَّةً أو هِبَةً .

الإنصاف

« المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : ليس للمالِكِ مُطالَبَةُ الأجْنَبِيِّ ، على المَنْصوصِ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهو ضعيفٌ . وقال القاضى : له ذلك . يعْنِى مُطالَبَته . قال فى « المُغْنِى »[1] : ويَحْتَمِلُ أنَّ له تَضْمِينَ الثانِى أيضًا ، لكِنْ يَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الأوَّلِ . وهو رِوايَةٌ فى « التَّعْليقِ الكَبِيرِ » ، و « رُءوسِ المَسائلِ » . وهذا المذهبُ . قال فى « التَّعْليقِ » : هذا المذهبُ . واخْتارَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . قال الشّارِحُ : وهذا القَوْلُ أقْرَبُ إلى الصَّوابِ . قال الحارِثِىُّ : اخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، وعامَّةُ الأصحابِ ، وهو الصَّحيحُ . انتهى . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ،

---

(١) انظر : المغنى ٩/٢٦٠ .

المقنع وَإنْ أَرَادَ سَفرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ ، رَدَّهَا عَلَى مَالِكِهَا .

الشرح الكبير **٢٤٤٢** – مسألة : (وإن أرَاد سَفَرًا ، أو خافَ عليها عِنْدَه ، رَدَّها على مالِكِها) أو وَكِيله فِي قَبْضِها إن قَدَر على ذلك ، و لم يَجُزْ له دَفْعُها إلى الحاكِمِ ، ولا إلى غيرِه ؛ لأنَّه ليس للحاكِمِ وِلايَةٌ على الحاضِرِ ، فإن فَعَل ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه دَفَعَها إلى غيرِ مالِكِها بغيرِ إذْنِه مِن غيرِ عُذْرٍ ، فضَمِنَها ، كالصُّورَةِ الأُولَى .

الإنصاف و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ؛ فقال فى « الفُروعِ » : وإنْ أوْدَعَها بلا عُذْرٍ ، ضَمِنا[١] ، وقَرارُه عليه ، فإنْ عَلِمَ الثَّانِى ، فعليه . وعنه ، لايَضْمَنُ الثَّانى ، إنْ جَهِلَ . اخْتارَه شيْخُنا كمُرْتَهِنٍ ، فى وَجْهٍ ، واخْتارَه شيْخُنا . انتهى .

قوله : وإنْ أرادَ سَفَرًا ، أو خافَ عليها عندَه ، رَدَّها إلى مالِكِها – وكذا إلى وَكِيله فى قَبْضِها ، إنْ كان – فإنْ لم يَجِدْه ، حمَلَها معه ، إنْ كان أحْفَظَ لها . مُرادُه ، إذا لم يَنْهَه عن حَمْلِها معه . واعْلَمْ أنَّه إذا أرادَ سَفَرًا ، وكان مالِكُها غائبًا ووَكِيلُه ، فله السَّفرُ بها ، إنْ كان أحْفَظَ لها ، ولم يَنْهَه عن حَمْلِها . وإنْ كان حاضِرًا ، أو وَكِيلُه فى قَبْضِها ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، أنَّه لا يَحْمِلُها إلَّا بإذْنٍ ، فإنْ فعَل ، ضَمِنَ . وهو أحدُ الوَجْهَيْن . قال فى « المُغْنِى »[٢] : ويقْوَى عندِى أنَّه متى سافرَ بها مع القُدْرَةِ [٢١٨/٢و] على مالِكِها أو نائبِه بغيرِ إذْنٍ ، أنَّه مُفَرِّطٌ عليه الضَّمانُ . انتهى . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ،

(١) فى الفروع ٤٨٢/٤ : « ضمنها » .
(٢) المغنى ٢٦١/٩ .

المقنع

فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ ، حَمَلَهَا مَعَهُ إِنْ كَانَ أَحْفَظَ لَهَا ، وَإِلَّا دَفَعَهَا إِلَى الْحَاكِمِ .

الشرح الكبير

٢٤٤٣ – مسألة : (فإن لم يَجِدْه ، حَمَلَها معه إن كان أحْفَظَ لها) إذا أراد السَّفَرَ بها وقد نَهاه صاحِبُها عنه ، ضَمِنَها ؛ لمُخالَفَتِه ، وإن لم يَنْهَه ، لكنَّ الطَّرِيقَ مَخُوفٌ ، أو البَلَدَ الذى يُسافِرُ إليه مَخُوفٌ ، [١٠٤/٥ظ] ضَمِنَها ؛ لأنَّه فَرَّطَ فى حِفْظِها . وإن لم يكنْ كذلك ، فله السَّفَرُ بها . نَصَّ عليه أحمدُ . سَواءٌ كان به ضَرُورَةٌ إلى السَّفَرِ أو لم يكنْ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : إن سافَرَ بها مع القُدْرَةِ على صاحِبِها أو وَكِيلِه أو الحاكِمِ أو أمِينٍ ، ضَمِنَها ؛ لأنه سافَرَ بها مِن غيرِ ضَرُورَةٍ ، أشْبَهَ ما لو كان السَّفَرُ مَخُوفًا . ولَنا ، أنَّه نَقَلَها إلى مَوْضِعٍ مَأْمُونٍ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو نَقَلَها إلى البَلَدِ ، ولأنَّه سافَرَ بها سَفَرًا غيرَ مَخُوفٍ ، أشْبَهَ ما لو لم

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وهو الصَّوابُ . والوَجْهُ الثَّانى ، له السَّفَرُ بها ، إنْ كان أحْفَظَ لها ، و لم يَنْهَه عنه . وهو المذهبُ . نصَّ عليه ، واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونصَراه .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، ظاهِرُ قوْلِه : فإنْ لم يجدْه ، حمَلَها معه ، إنْ كان أحْفَظَ لها . أنَّ له السَّفَرَ بها بشَرْطِه ، ولا يَضْمَنُ . وهو صحيحٌ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقال القاضى فى « رُءوسِ المَسائلِ » : إذا سافَرَ بها ، ضَمِنَ . الثَّانى ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه إذا اسْتَوَى عندَه الأمْران ، فى الخَوْفِ مع الإقامَةِ والسَّفَرِ ، أنَّه لايحْمِلُها معه . وهو أحدُ الوَجْهَيْن ، وظاهِرُ النَّصِّ . قلتُ : وهو

الشرح الكبير

يَجِدْ أحَدًا يَدَعُها عندَه . قال شيخُنا[1] : ويَقْوَى عندِى أنَّه متى سافَرَ بها مع القُدْرَةِ على مالِكِها أو وَكِيلِه فيها بغيرِ إذنِه ، فهو مُفَرِّطٌ عليه الضَّمانُ ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ على صاحِبِها إمْكانَ اسْتِرْجاعِها ، ويُخاطِرُ بها ، فإنَّ النبىَّ ﷺ

الإنصاف

ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، وهو الصَّوابُ . وقال فى « المُبْهِجِ » : لا يُسافِرُ بها إلَّا إذا كان الغالِبُ السَّلامَةَ . والوَجْهُ الثَّانِى ، له حَمْلُها . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

فوائد ؛ منها ، جَوازُ السَّفَرِ بها مَشْروطٌ بما إذا لم يَنْهَه عن حَمْلِها معه ، فإنْ نَهاه ، امْتَنَعَ ، وضَمِنَ ، إنْ خالَفَ ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يكونَ السَّفَرُ بها لعُذْرٍ[2] ؛ كجُلاءِ أهْلِ البَلَدِ ، أو هُجُومِ عَدُوٍّ ، أو حَرْقٍ ، أو غَرَقٍ ، فلا ضَمانَ . وهل يَجِبُ الضَّمانُ بالتَّرْكِ ؟ تقدَّم نَظِيرُه فى كلامِ المُصَنِّفِ ، وأنَّ الصَّحيحَ أنَّه يَضْمَنُ ، إذا ترَك فِعْلَ الأَصْلَحِ والحالَةُ هذه . ومنها ، لو أوْدَعَ مُسافِرًا فسافَرَ[3] بها وتَلِفَتْ بالسَّفَرِ ، فلا ضَمانَ عليه . ومنها ، لو هجَم قُطَّاعُ الطَّرِيقِ عليه ، فألْقَى المَتاعَ ؛ إخْفاءً له ، وضاعَ ، فلا ضَمانَ عليه . ومنها ، له الرُّجوعُ بما أنْفَقَ عليها بِنِيَّةِ الرُّجوعِ . ذكَرَه القاضى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : ويَتَوَجَّهُ فيه كنَظائرِه ، ويَلْزَمُه مُؤْنَتُه . وفى مُؤْنَةِ ردٍّ مَن بَعُدَ خِلافٌ فى « الانْتِصارِ » . قالَه فى « الفُروعِ » .

(١) فى : المغنى ٩/٢٦١ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ط : « فسار » .

الشرح الكبير

قال : « المُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَى قَلَتٍ ، إلَّا مَا وَقَى اللهُ »[1] . أى على هَلاكٍ . ولا يَلْزَمُ مِن الإِذْنِ فى إمْساكِها على وَجْهٍ لا يَتَضَمَّنُ هذا الخَطَرَ ولا يُفَوِّتُ إمْكانَ رَدِّها على صاحِبِها الإِذْنُ فيما يَتَضَمَّنُ ذلك . فأمّا مع غَيْبَةِ المالِكِ [2]وو َكِيلِه[2] ، فله السَّفَرُ بها إذا كان أحْفَظَ لها ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ فيَخْتارُ ما فيه الحَظُّ . وهذا الذى ذَكَرَه شيخُنا فى الكِتابِ المَشْرُوحِ .

٢٤٤٤ – مسألة : فإن لم يَجِدْ صاحِبَها ولا وَكِيلَه ، فله دَفْعُها إلى الحاكِمِ ، سَواءٌ كان به ضَرُورَةٌ إلى السَّفَرِ أو لم يكُنْ ؛ لأنَّه مُتَبَرِّعٌ بإمْساكِها ، فلا يَلْزَمُه اسْتِدامَتُه ، والحاكِمُ يَقُومُ مَقامَ صاحِبِها عندَ غَيْبَتِه . فإن أوْدَعَها مع قُدْرَتِه على الحاكِمِ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ غيرَ الحاكِمِ لا وِلايَةَ

الإنصاف

قوله : وإلَّا دَفَعَها إلى الحاكِمِ . يعْنِى ، إذا خافَ عليها بحَمْلِها ، ولم يَجِدْ مالِكَها ولا وَكِيلَه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يتَعَيَّنُ عليه دَفْعُها إلى الحاكِمِ ، إنْ قدَرَ عليه . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : وعليه الأصحابُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : قطَع به الأصحابُ . وقيل : يجوزُ دَفْعُها إلى ثِقَةٍ . حَكاه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وذكَرَه الحَلْوانِىُّ رِوايَةً . قال فى « الفائقِ » : ولو خافَ عليها ، أوْدَعَها حاكِمًا أو أمِينًا ، وقيل : لاتُودَعُ . انتهى . قلتُ : الصَّوابُ هنا أنْ يُراعِىَ الأصْلَحَ فى دَفْعِها إلى الحاكِمِ ، أو الثِّقَةِ ، فإنِ اسْتَوَى الأمْران ، فالحاكِمُ .

---

(١) انظر الكلام عليه فى ١٤/٨٠ .
(٢ – ٢) فى الأصل : « أو وكيله » .

المقنع فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، أَوْدَعَهَا ثِقَةً ، أَوْ دَفَنَهَا وَأَعْلَمَ بِهَا ثِقَةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ، وَإِنْ دَفَنَهَا وَلَمْ يُعْلِمْ بِهَا أَحَدًا ، أَوْ أَعْلَمَ بِهَا مَنْ لَا يَسْكُنُ الدَّارَ ، ضَمِنَهَا .

الشرح الكبير له . ويَحْتَمِلُ أنْ يَجُوزَ له إيداعُها ؛ لأَنَّه قد يكونُ أحْفَظَ لها وأحَبَّ إلى صاحِبِها . وإن لم يَقْدِرْ على الحاكِمِ ، فأوْدَعَها ثِقَةً ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ . وذَكَر القاضى أنَّ ظاهِرَ كلامِ أحمدَ أنَّه يَضْمَنُها ، ثم تأَوَّلَ كَلامَه على أنَّه أوْدَعَها مِن غيرِ حاجَةٍ ، أو مع قُدْرَتِه على الحاكِمِ .

٢٤٤٥ – مسألة : (فإن تَعَذَّرَ ذلك ، أوْدَعَها ثِقَةً ، أو دَفَنَها وأعْلَمَ بها ثِقَةً يَسْكُنُ تلك الدّارَ ، فإن دَفَنَها و لم يُعْلِمْ بها أحَدًا ، أو أعْلَمَ بِها مَنْ [٥/١٥٥و] لا يَسْكُنُ الدّارَ ، ضَمِنَها) إذا دَفَنَها فى مَوْضِعٍ ، وأعْلَمَ بها ثِقَةً يَدُه على المَوْضِعِ ، وكانت ممّا لا يَضُرُّها الدَّفْنُ ، فهو كإيداعِها عندَه ،

الإنصاف **فائدة** : الوَدائعُ التى جُهِلَ مُلَّاكُها يجوزُ التَّصرُّفُ فيها بدُونِ حاكمٍ . نصَّ عليه . وكذا إنْ فُقِدَ ، و لم يُطَّلَعْ على خَبَرِه ، وليس له وَرَثَةٌ ، يتَصَدَّقُ بها . نصَّ عليه ، و لم يَعْتَبِرْ حاكِمًا . ويحْتَمِلُ أنَّه ليس له الصَّدَقَةُ بها إلَّا إذا تعَذَّرَ إذْنُ الحاكِمِ ، ذكَرَه القاضى ، وتقدَّم نَظِيرُ ذلك فى الغَصْبِ ، وآخِرِ الرَّهْنِ . ويلْزَمُ الحاكِمَ قَبُولُ الوَدائعِ ، والغُصُوبِ ، ودَيْنِ الغائبِ ، والمالِ الضَّائعِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : الأصحُّ اللُّزومُ فى قَبُولِ الوَدِيعَةِ ، والغُصُوبِ ، والدَّيْنِ . وقيل : لايلْزَمُه . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » .

قوله : وإنْ تَعَذَّرَ ذلك – يَعْنى ، إذا تعَذَّرَ دفْعُها إلى الحاكمِ – أوْدَعَها ثِقَةً .

الشرح الكبير

وإن لم يُعْلِمْ بها أحدًا ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه فَرَّطَ فى حِفْظِها ، فإنَّه لا يَأْمَنُ أن يَموتَ فى سَفَرِه فلا تَصِلُ إلى صاحِبِها ، ورُبَّما نَسِىَ مَكانَها ، أو أصابَها آفَةٌ مِن هَدْمٍ أو حَرْقٍ أو غَرَقٍ ، فتَضِيعُ . وإن أعْلَمَ بها غيرَ ثِقَةٍ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه رُبَّما أخَذَها . وكذلك إن أعْلَمَ بها ثِقَةً لا يَدَ له على المَكانِ ؛ لأنَّه لم يُودِعْها إيّاه ، ولا يَقْدِرُ على الاحْتِفاظِ بها .

فصل : وإن حَضَرَه المَوْتُ ، فحُكْمُه حُكْمُ السَّفَرِ ، على ما مَضَى

الإنصاف

هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الخُلاصَةِ » ، و « الفُروعِ » : دفَعَها[1] إلى ثِقَةٍ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وقيل : لاتُودَعُ لغيرِ الحاكِمِ . وقطَع به أبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » . قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لايجوزُ الدَّفْعُ إلى غيرِ الحاكمِ لعُذْرٍ أو غيرِ عُذْرٍ . ثم أوَّلا ذلك على الدَّفْعِ لغيرِ حاجَةٍ ، أو مع القُدْرَةِ على الحاكمِ . قال الحارِثِىُّ : وفيه نظَرٌ ، بل النَّصُّ صريحٌ فى ذلك . وذكَرَه . وقيل : لاتُودَعُ مُطْلَقًا . ونقَلَه الأَثْرَمُ نصًّا . قال فى « الرِّعايَةِ » : ونصُّه مَنْعُه . وهو ظاهِرُ ماقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وقدَّمه فى « المُذْهَبِ » . وقال فى « النَّوادِرِ » : وأطْلَقَ أحمدُ الإيداعَ عندَ غيرِه لخَوْفِه عليها ، وحمَلَه القاضى على المُقيمِ لا المُسافِرِ .

فائدة : حُكْمُ مَن حضَرَه المَوْتُ حُكْمُ مَن أرادَ سَفَرًا ، على ما تقدَّم مِن أحْكامِه ،

---

(١) فى الأصل : « دفعه » .

المقنع

وَإِنْ تعَدَّى فِيهَا ، فَرَكِبَ الدَّابَّةَ لِغَيْرِ نَفْعِهَا ، وَلَبِسَ الثَّوْبَ ، وَأَخْرَجَ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا ، ثُمَّ رَدَّهَا ، ....

الشرح الكبير

مِن أحْكامِه ، إلَّا فى أخْذِها معه ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما سَبَبٌ لخُرُوجِها عن يَدِه .

٢٤٤٦ – مسألة : (وإن تَعَدَّى فيها ، فرَكِبَ الدّابَّةَ لغيرِ نَفْعِها ،

الإنصاف

إلَّا فى أخْذِها معه .

قوله : أو دفَنَها وأعْلَمَ بها ثِقَةً يسْكُنُ تلك الدَّارَ . يعْنِى ، إذا تعَذَّرَ دَفْعُها إلى الحاكمِ ، فهو بالخيارِ بينَ دَفْعِها إلى ثِقَةٍ ، وبينَ دَفْنِها وإعلامِ ثِقَةٍ يسْكُنُ تلك الدَّارَ بها . قال الحارِثِىُّ : وقالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما . وقطَع به فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . قال فى « الفُروعِ » : وإنْ دَفَنَها بمَكانٍ ، وأعْلَمَ بها ساكِنَه ، فكإيداعِه . وقال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » [٢/٢١٨ظ] ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » : ولو دفَنَها بمَكانٍ ، وأعْلَمَ السَّاكِنَ ، فعلى وَجْهَيْن . وقيل : إعْلامُه كإيداعِه . انتهوا . وأطْلَقَ فى ضَمانِها ، إذا دَفَنَها وأعْلَمَ بها ثِقَةً ، وَجْهَيْن فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه مِنَ الأصحابِ ، أنَّه إذا تبَرَّمَ بالوَدِيعَةِ ، فليس له الدَّفْعُ إلى غيرِ المُودِعِ أو وَكِيلِه ؛ سواءٌ قَدَرَ عليهما أوْ لا ، وسواءٌ الحاكِمُ وغيرُه ، وهو كذلك . ونصَّ على المَنْعِ مِن إيداعِ الغيرِ . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما . وقدَّمه الحارِثِىُّ . وقال فى « الكافِى » : إنْ لم يجِدِ المالِكَ ، دفَع إلى الحاكِمِ . واخْتارَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » .

قوله : وإنْ تعَدَّى فيها ، فرَكِبَ الدَّابَّةَ لغيرِ نَفْعِها ، ولَبِسَ الثَّوْبَ ، وأخْرَجَ

المقنع

أَوْ جَحَدَهَا ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا .

الشرح الكبير

ولَبِس الثَّوْبَ) أو أَخَذَ الوَدِيعَةَ لِيَسْتَعْمِلَها ، أو لِيَخُونَ[1] فيها (ثم رَدَّها) إلى مَوْضِعِها بنِيَّةِ الأمانَةِ ، ضَمِنَها ؛ لتَعَدِّيه ، و لم يَزُلْ عنه الضَّمانُ بِرَدِّها . وهو قولُ الشافعيِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَبْرَأُ ؛ لأنَّه مُمْسِكٌ لها بإِذْنِ مالِكِها ، فأشْبَهَ ما قبلَ التَّعَدِّى . ولَنا ، أنَّه ضَمِنَها بعُدْوانٍ فبَطَلَ الاسْتِئْمانُ ، كما لو جَحَدَها ثم أقَرَّ بها ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرَه .

٢٤٤٧ – مسألة : فإن (جَحَدَها ثم أقَرَّ بها) فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه بجَحْدِها خَرَج عن الاسْتِئْمانِ عليها ، فلم يَزُلْ عنه

الإنصاف

الدَّراهِمَ لِيُنْفِقَها – أو لشَهْوَةِ رُؤْيَتِها – ثم رَدَّها أو جحَدَها ، ثم أقَرَّ بها ، أو كسَر خَتْمَ كِيسِها – وكذا لو حَلَّه – ضَمِنَها . إذا تعَدَّى فيها ، ففعَل ما ذكَر غيرَ جُحُودِها ، ثم إقرارُه بها ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يَضْمَنُها ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقال فى « الفائقِ » : ونقَل البَغَوِىُّ ما يدُلُّ على نَفْىِ الضَّمانِ . وقيل : لا يَضْمَنُ ، إذا أخْرَجَ الدَّراهِمَ لِيُنْفِقَها ، أو لشَهْوَةِ رُؤْيَتِها ، ثم ردَّها . اخْتارَه ابنُ الزَّاغُونِىِّ . وعنه ، لا يَضْمَنُ ، إذا كسَر خَتْمَ كِيسِها ، أو حلَّه . فعلى المذهبِ ، لا يعُودُ عَقْدُ الوَدِيعَةِ بغيرِ عَقْدٍ مُتَجَدِّدٍ . وأمَّا إذا جحَدَها ، ثم أقَرَّ بها ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يضْمَنُها مِن حيثُ الجُمْلَةُ . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفائقِ » وغيرِه ، وقال : ونقَل البَغَوِىُّ ما يدُلُّ على نَفْىِ الضَّمانِ .

(١) فى م : « ليخزن » .

المقنع أَوْ كَسَرَ خَتْمَ كِيسِهَا ، أَوْ خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، ضَمِنَهَا ،..

الشرح الكبير الضَّمانُ بالإقْرارِ بها ؛ لأنَّ يَدَه صارت يَدَ عُدْوانٍ .

٢٤٤٨ - مسألة : فإن (كَسَر خَتْمَ كِيسِها) أو كانت مَشْدُودَةً فحَلَّ الشَّدَّ ، ضَمِن ، سَواءٌ أخْرَجَ منها شيئًا أو لم يُخْرِجْ ؛ لأنَّه هَتَك الحِرْزَ بفِعْلٍ تَعَدَّى به . فإن خَرَق الكِيسَ فوقَ الشَّدِّ ، فعليه ضَمانُ ما خَرَق خاصَّةً ؛ لأنَّه ما هَتَك الحِرْزَ . وقال أبو حنيفةَ : إذا كَسَر خَتْمَ الكِيسِ ، لم يَلْزَمْه ضَمانُ الوَدِيعَةِ ؛ لأنَّه لم يَتَعَدَّ فى غيرِه . ولَنا ، أنَّه هَتَك حِرْزَها ، فضَمِنَها إذا تَلِفَتْ ، كما لو أوْدَعَه إيَّاها فى صُنْدُوقٍ مُقْفَلٍ ، ففَتَحَه وتَرَكه مَفْتُوحًا ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لم يتَعَدَّ فى غيرِ الخَتْمِ .

٢٤٤٩ - مسألة : وإن (خَلَطَها بما لا تَتَمَيَّزُ منه ، ضَمِنَها) إذا خَلَطَها بما لا تَتَمَيَّزُ [٥/١٥٥ظ] منه مِن مالِه أو مالِ غيرِه ، ضَمِنَها ، سَواءٌ خَلَطَها بمِثْلِها أو دُونِها ، أو أجْوَدَ مِن جِنْسِها أو مِن غيرِ جِنْسِها ، مثلَ أن يَخْلِطَ الدَّراهِمَ بدَراهِمَ ، أو دُهْنًا بدُهْنٍ ، كالزَّيْتِ بالزيتِ أو

الإنصاف قوله : أو خلَطَها بما لا تَتَمَيَّزُ منه ، ضَمِنَها . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال فى « التَّلْخيصِ » : ومع عدَمِ التَّمْييزِ ، يَضْمَنُ ، رِوايَةً واحدةً . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : ظاهِرُ نَقْلِ البَغَوِىِّ ، لا يَضْمَنُ . ولم يتَأَوَّلْه فى « النَّوادِرِ » . وذكَرَه الحَلْوانِىُّ ظاهِرَ كلامِ الخِرَقِىِّ . وجزَم به فى « المَنْثُورِ » عن أحمدَ ، قال : لأنَّه خلَطَه بمالِه . وجزَم به فى « المُبْهِجِ » فى

الشرح الكبير

السَّمْنِ أو بغيرِه . وبهذا قال الشافعيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وقال ابنُ القاسِمِ : إن خَلَط دَراهِمَ بدَراهِمَ على وَجْهِ الحِرْزِ ، لم يَضْمَنْ . وحُكِيَ عن مالِكٍ ، لا يَضْمَنُ إلَّا أن تكونَ دُونَها ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه رَدُّها إلَّا ناقِصَةً . ولنا ، أنَّه خَلَطَها بمالِه خَلْطًا لا يَتَمَيَّزُ ، فوَجَبَ أن يَضْمَنَها ، كما لو خَلَطَها بدُونِها ، ولأنَّه إذا خَلَطَها بما لا يَتَمَيَّزُ ، فقد فَوَّتَ على نَفْسِه إمْكانَ رَدِّها ، فلَزِمَه ضَمانُها ، كما لو ألْقاها فى لُجَّةِ بَحْرٍ . فإن أمَرَه صاحِبُها بخَلْطِها بمالِه أو بغيرِه ، ففَعَلَ ذلك ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه فَعَلَ ما أمَرَه به ، فكان نائِبًا عن المالِكِ فيه . وقد نَقَل مُهَنّا عن أحمدَ ، فى رجلٍ اسْتُودِعَ عَشَرَةَ دَراهِمَ ، واسْتَوْدَعَه آخرُ عَشَرَةً ، وأمَراه[1] أن يَخْلِطَها ، فخَلَطَها ، فضاعَتِ الدَّراهِمُ ، فلا شئَ عليه . فإن أمَرَه أحَدُهما بخَلْطِ دَراهِمِه ، ولم يَأْمُرْه الآخَرُ ، فعليه ضَمانُ دَراهِمِ مَن لم يَأْمُرْه دُونَ الأُخْرَى . وإنِ اخْتَلَطَتْ هى بغيرِ تَفْرِيطٍ منه ، فلا ضَمانَ عليه ، كما لو تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطِه . وإن خَلَطَها غيرُه ، فالضَّمانُ على مَن خَلَطَها ؛ لأنَّ العُدْوانَ منه ، أشْبَهَ ما لو أتْلَفَها .

الإنصاف

الوَكِيلِ ، كوَدِيعَتِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . قال الحارِثِىُّ : وعن أحمدَ ، لا يَضْمَنُ بخَلْطِ النُّقودِ . ونقَلَه عبدُ اللهِ البَغَوِىُّ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، لو تَلِفَ بعضُ المُخْتَلِطِ بغيرِ عُدْوانٍ ، جُعِلَ التَّلَفُ كلُّه مِن مالِه ، وجُعِلَ الباقِى مِنَ الوَدِيعَةِ . نصَّ عليه .

فائدة : لو اخْتَلَطَتِ الوَديعَةُ بغيرِ فِعْلِه ، ثم ضاعَ البعضُ ، جُعِلَ مِن مالِ المُودَعِ

---

(١) فى م : « أمره » .

المقنع وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمَيِّزٍ ، أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ لِيَسْقِيَهَا ، لَمْ يَضْمَنْ .

الشرح الكبير **٢٤٥٠** – مسألة : (وإن خلطها بمُتَمَيِّزٍ ، أو رَكِبَ الدَّابَّةَ ليَسْقِيَها ، لم يَضْمَنْ) أمّا إذا خَلَطَها بما تَتَمَيَّزُ منه ، مِثْلَ أن خَلَط دَراهِمَ بدَنانِيرَ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّها تَتَمَيَّزُ منها ، فلا يَعْجِزُ بذلك عن رَدِّها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو تَرَكَها فى صُنْدُوقٍ فيه أكْياسٌ له . وبهذا قال الشافعىُّ ، ومالِكٌ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وكذلك الحُكْمُ إذا خَلَط بِيضًا بسُودٍ . وقد حُكِىَ عن أحمدَ ، فى مَن خَلَط دَراهِمَ بِيضًا بسُودٍ : يَضْمَنُها . ولَعَلَّه قال ذلك لكَوْنِها تَكْتَسِبُ منها سَوادًا ، ويَتَغَيَّرُ لَوْنُها ، فتَنْقُصُ قِيمَتُها ، فإن لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ ، فلا ضَمانَ عليه . وإن رَكِبَ الدّابَّةَ لِيَسْقِيَها أو يَعْلِفَها ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ رُكُوبَها لذلك مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا وشَرْعًا ، لأنَّه مَأْذُونٌ له فى سَقْيِها ، كما[1] أُذِنَ له فى عَلْفِها ، والعادَةُ أنَّ مَن يَسْقِيها يَرْكَبُها ، فالإِذْنُ فى السَّقْىِ إذْنٌ فى الرُّكُوبِ [٥/١٥٦و] المُعْتادِ ، ولهذا لو قال لوَكِيلِه : اسْقِ الدّابَّةَ . فإنَّه يُفْهَمُ منه : ارْكَبْها له .

الإنصاف فى ظاهِرِ كلامِه . ذكَرَه المَجْدُ فى « شَرْحِه » . وذكَر القاضى فى « الخِلافِ » أنَّهما يَصِيران شَرِيكَيْن . قال المَجْدُ : ولا يَبْعُدُ على هذا ، أنْ يكونَ الهالِكُ منهما . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّانيَةِ والعِشْرِين » .

قوله : وإنْ خلَطَها بمُتَميِّزٍ ، لم يَضْمَنْ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يَضْمَنُ . وحمَلَها المُصَنِّفُ على نَقْصِها بالخَلْطِ .

---

(١) بعده فى م : « لو » .

المقنع

وَإِنْ أَخَذَ دِرْهَمًا ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ [١٤٦ظ] الْكُلُّ ، ضَمِنَهُ وَحْدَهُ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُ الْجَمِيعَ .

الشرح الكبير

٢٤٥١ – مسألة : (وإن أخَذَ دِرْهَمًا ثم رَدَّه ، فضاع الكلُّ ، ضَمِنَه وَحْدَه) اخْتارَه الخِرَقِىُّ (وعنه ، يَضْمَنُ الجَمِيعَ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن أُودِعَ شيئًا فأخَذَ بَعْضَه ، لَزِمَه ضَمانُ ما أخَذَ ؛ لتَعَدِّيه ، فإن رَدَّه أو مِثْلَه ، لم يَزُلِ الضَّمانُ(١) عنه . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالِكٌ : لا ضَمانَ عليه إذا رَدَّه أو مِثْلَه . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : إن لم يُنْفِقْ ما أخَذَه ، (٢ورَدَّه٢) ، لم يَضْمَنْ ، وإن أنْفَقَه ثم رَدَّه أو مِثْلَه ، ضَمِن . ولَنا ، أنَّ الضَّمانَ تَعَلَّقَ بذِمَّتِه بالأَخْذِ ، بدَليلِ أنَّه لو تَلِف فى يَدِه قبلَ رَدِّه ضَمِنَه ، فلا يَزُولُ إلَّا برَدِّه إلى صاحِبِه كالمَغْصُوبِ . فأمَّا سائِرُ الوَدِيعَةِ ، فيُنْظَرُ فيه ، فإن لم تكنِ الدَّراهِمُ فى كِيسٍ ، أو كانت فى كِيسٍ غيرِ مَشْدُودٍ ، أو كانت ثِيابًا

الإنصاف

قوله : وإنْ أخذ دِرْهَمًا ثم رَدَّه ، فضاعَ الكلُّ ، ضَمِنَه وحْدَه . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « التَّعْليقِ » ، و « الفُصولِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . وهو عَجِيبٌ مِنَ الشَّارِحِ ؛ إذِ الكِتابُ المَشْرُوحُ حكَى الخِلافَ ، لكِنَّه تبِعَ « المُغْنِى » . وصحَّحه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، يَضْمَنُ الجميعَ . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يَضْمَنُه وحدَه ، إنْ لم يَفْتَحِ الوَدِيعَةَ . وقيل : لا يَضْمَنُ شيئًا .

---

(١) سقط من : م .

(٢ – ٢) فى الأصل : « رده » .

المقنع وَإِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزًا ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ ، ضَمِنَ الْجَمِيعَ ، وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَضْمَنَ غَيْرَهُ .

الشرح الكبير فأَخذَ منها واحِدًا ثم رَدَّه بعَيْنِه ، لم يَضْمَنْ غيرَه ؛ لأنَّه لم يَتَعَدَّ فى غيرِه . وكذلك إن رَدَّ بَدَلَه مُتَمَيِّزًا ؛ لِما ذَكَرْنا . وإن لم يكنْ مُتَمَيِّزًا ، فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه (لا يَضْمَنُ غيرَه) لأنَّ التَّعَدِّىَ اخْتَصَّ به ، فاخْتَصَّ الضَّمانُ به ، وخَلْطُ المَرْدُودِ بغيرِه لا يَقْتَضِى ضَمانَ الجَمِيعِ ؛ لأنَّه يَجِبُ رَدُّه معها ، فلم يُفَوِّتْ على نَفْسِه إمْكانَ رَدِّها ، بخِلافِ ما إذا خَلَطَه بغيرِه . ولو أذِنَ له صاحِبُ الوَدِيعَةِ فى الأخْذِ منها ، ولم يَأْمُرْه برَدِّ بَدَلِه ، فأَخَذَ ثم رَدَّ بَدَلَ ما أَخَذَ ، فهو كرَدِّ بَدَلِ ما لم يُؤْذَنْ فى أَخْذِه . وقال القاضى : يَضْمَنُ الكلَّ . وهو قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه خَلَط الوَدِيعَةَ بما لا تَتَمَيَّزُ منه ، فضَمِنَ الكلَّ ، كما لو خَلَطَها بغيرِ البَدَلِ . وقد ذَكَرْنا فَرْقًا بينَ البَدَلِ وغيرِه ، فلا يَصِحُّ القِياسُ . وإن كانتِ الدَّراهِمُ فى كِيسٍ مَخْتُومٍ أو مَشْدُودٍ ، فكَسَر الخَتْمَ أو حَلَّ الشَّدَّ ، ضَمِنَها ، وقد ذَكَرْناه .

الإنصاف قوله : وإنْ رَدَّ بدَلَه مُتَمَيِّزًا ، فكذلك . يعْنِى ، أنَّ الحُكْمَ فيه كالحُكْمِ فيما إذا رَدَّ المأْخوذَ بعَيْنِه . جزَم به فى « الفُصولِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، وغيرِهم . وكذا الحُكْمُ لو أذِنَ صاحِبُها له فى الأخْذِ منها ، فأخَذ ثم ردَّ بدَلَه بلا إذْنِه .

قوله : وإنْ كان غيرَ مُتَمَيِّزٍ ، ضَمِنَ الجميعَ – وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى

....

الشرح الكبير

فصل : وإذا ضَمِن الوَدِيعَةَ بالاسْتِعْمالِ أو بالجَحْدِ ، ثم رَدَّها إلى صاحِبِها ، زال عنه الضَّمانُ ، فإن رَدَّها صاحِبُها إليه ، فهو ابْتِداءُ اسْتِئْمانٍ ، وإن لم يَرُدَّها إليه ، ولكنْ جَدَّدَ له الاسْتِئْمانَ ، أو أبْرَأه مِن الضَّمانِ ، بَرِئَ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ الضَّمانَ [٥/١٥٦ظ] حَقُّه ، فإذا أبْرَأه منه بَرِئَ كما لو أبْرَأه مِن دَيْنٍ فى ذِمَّتِه . وإذا جَدَّدَ له اسْتِئْمانًا ، فقد انتَهَى القَبْضُ المَضْمُونُ به ، فزال الضَّمانُ . وقد قال أصْحابُنا : إذا رَهَن المَغْصُوبَ عندَ الغاصِبِ ، أو أوْدَعَه عندَه ، زال عنه ضَمانُ الغَصْبِ . فهٰهُنا أوْلَى .

الإنصاف

« الفُروعِ » - ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَضْمَنَ غيرَه . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . وجزَم به القاضى فى « التَّعْليقِ » ، وذكَر أنَّ أحمدَ نصَّ عليه فى رِوايَةِ الجماعَةِ . وحُكِىَ عنه مِن رِوايةِ الأثْرَمِ ، أنَّه أنْكَرَ القَوْلَ بتَضْمِينِ الجميعِ ، وأنَّه قال : هو قَوْلُ سوءٍ . وهذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقطَع به ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى أبو الحُسَيْنِ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بَكْروسٍ ، وغيرُهم . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . وقدَّمه الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » ، وقال : هو المذهبُ . ومالَ إليه فى « المُغْنِى » . وأطْلَقَ الرِّوايتَيْن فى « المُحَرَّرِ » . فعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، إنْ لم يَدْرِ أيُّهما ضاعَ ، ضَمِنَ . نقَلَه البَغَوِىُّ ، وذكَرَه جماعَةٌ ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » .

فائدة : لو كان الدِّرْهَمُ أو بدَلُه غيرَ مُتَمَيِّزٍ ، وتَلِفَ نِصْفُ المالِ ، فقِيل : يَضْمَنُ نِصْفَ دِرْهَمٍ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَلْزَمَه شىءٌ ؛ لاحْتِمالِ بَقاءِ الدِّرْهَمِ أو بدَلِه ، ولا يجِبُ مع الشَّكِّ . قالَه الحارِثِىُّ .

الإنصاف

تنبيهات ؛ الأَوَّلُ ، قال الزَّرْكَشِىُّ : إذا رَدَّ بدَلَ ما أخذ ، فللأصحابِ فى ذلك طُرُقٌ ؛ أحدُها ، لايَلْزَمُه إلَّا مِقْدارُ ما أخذَ ؛ سواءٌ كان البَدَلُ مُتَمَيِّزًا أو غيرَ مُتَمَيِّزٍ . وهذا مُقْتَضَى [٢١٩/٢و] كلامِ الخِرَقِىِّ ، وبه قطَع القاضى فى « التَّعْلِيقِ » ، وذكَر أنَّ أحمدَ نصَّ عليه فى رِوايَةِ الجماعَةِ . وأنْكَرَ فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ على مَن يقولُ بتَضْمِينِ الجميعِ . الطَّريقُ الثَّانى ، إنْ تميَّزَ البدَلُ ، ضَمِنَ قَدْرَ ما أخذَ فقط ، وإنْ لم يتَمَيَّزْ ، فعلى رِوايتَيْن . وهى طريقةُ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، والمَجْدِ. الطَّريقُ الثَّالثُ ، فى المَسْأَلَةِ رِوايَتان فيهما . وهى ظاهِرُ كلامِ أبِى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » . الطَّريقُ الرَّابِعُ ، إنْ تميَّزَ البدَلُ ، فعلى رِوايتَيْن ، وإنْ لم يتَمَيَّزْ ، ضَمِنَ ، رِوايةً واحدةً . قالَه فى « التَّلْخيصِ » . ويقْرُبُ منه كلامُ المُصَنِّفِ فى « المُقْنِعِ » ، وكلامُ القاضى على ماحَكاه فى « المُغْنِى » . وبالجُمْلَةِ ، هذه الطَّريقَةُ ، وإنْ كانتْ حَسَنَةً ، لكِنَّها مُخالِفَةٌ لنُصوصِ أحمدَ . انتهى . الثَّانى ، شرَط القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، وجماعةٌ ، أنْ تكونَ الدَّراهِمُ ونحوُها غيرَ مَخْتُومَةٍ ولا مشْدُودَةٍ ، فلو كانتْ كذلك ، فحلَّ الشَّدَّ ، أو فكَّ الخَتْمَ ، ضَمِنَ الجميعَ ، قوْلًا واحدًا . قال القاضى فى « التَّعْلِيقِ » : هو قِياسُ قوْلِ الأصحابِ ، ممَّا إذا فتَح قفَصًا عن طائرٍ ، فطارَ . وقالَه أبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » . قال الحارِثِىُّ : ولا يصِحُّ هذا القِياسُ ؛ لأنَّ الفَتْحَ عن الطَّائرِ إضاعَةٌ له ، فهو كحَلِّ الزِّقِّ . ونقَل مُهَنَّا ، أنَّه لا يَضْمَنُ إلَّا ما أخذَ . قال فى « التَّلْخيصِ » : ورَوَى البَغَوِىُّ عن أحمدَ ما يدُلُّ على ذلك ، ويَنْبَنِى على ذلك ، لو خرَقَ الكِيسَ ؛ فإنْ كان مِن فوقِ الشَّدِّ ، لم يضْمَنْ إلَّا الخَرْقَ ، وإنْ كان مِن تحتِ الشَّدِّ ، ضَمِنَ الجميعَ ، على المَشْهورِ

المقنع

وَإِنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةً ، ضَمِنَهَا ، وَلَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ .

الشرح الكبير

٢٤٥٢ – مسألة : (وإن أَوْدَعَه صَبِيٌّ وَدِيعَةً ، ضَمِنَها ، و لم يَبْرَأْ إِلَّا بالتَّسْلِيمِ إلى وَلِيِّهِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أَنَّه لا يَصِحُّ الإيداعُ إِلَّا مِن جائِزِ التَّصَرُّفِ ، فإن أَوْدَعَ طِفْلٌ أو مَعْتُوهٌ إنسانًا وَدِيعَةً ، ضَمِنَها بقَبْضِها ؛ لأَنَّه أخَذَ مالَه بغيرِ إذْنٍ شَرْعِيٍّ ، أَشْبَهَ ما لو غَصَبَه ، ولا يَزُولُ الضَّمانُ عنه برَدِّها إليه ، وإنَّما يَزُولُ بدَفْعِها إلى وَلِيِّه النّاظِرِ فى مالِه . فإن كان الصَّبِيُّ مُمَيِّزًا ،

الإنصاف

عندَ الأصحابِ . قالَه الزَّرْكَشِيُّ . الثّالثُ ، قُوَّةُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه تَقْتَضِى أَنَّه لا يَضْمَنُ بمُجَرَّدِ نِيَّةِ التَّعَدِّى ، بل لابُدَّ مِن فِعْلٍ أو قَوْلٍ . وهو صحيحٌ ، وهو المَقْطوعُ به عندَ الأصحابِ . وقال القاضى : وقد قيل : إنَّه يَضْمَنُ بالنِّيَّةِ ؛ لاقْتِرانِها بالإمْساكِ ، وهو فِعْلٌ كمُلْتَقِطٍ نوَى التَّمَلُّكَ فى أحدِ الوَجْهَيْن . وفى « التَّرْغيبِ » ، قال الحارِثِيُّ : وحكَى القاضى فى « تَعْليقِه » وَجْهًا بالضَّمانِ . قال الزرْكَشِيُّ : وقد يَنْبَنِى هذا الوَجْهُ ، على أنَّ الذى لايُؤاخَذُ به هو الهَمُّ ، أمَّا العَزْمُ ، فيُؤاخَذُ به على أحَدِ القَوْلَيْن . انتهى . وتأْتِى مَسْأَلَةُ اللُّقَطَةِ فى بابِها ، عندَ قَوْلِه : ومَن أَمِنَ نَفْسَه عليها .

قوله : وإنْ أَوْدَعَه صَبِيٌّ وَدِيعَةً ، ضَمِنَها ، و لم يَبْرَأْ إِلَّا بالتَّسْلِيمِ إلى وَلِيِّه . إنْ كان الصَّبِيُّ غيرَ مُمَيِّزٍ ، فالحُكْمُ كما قال المُصَنِّفُ ، وكذا إنْ كان مُمَيِّزًا ، و لم يكُنْ مأْذونًا له . وإنْ كان مأْذونًا له ، صحَّ إيداعُه فيما أُذِنَ له بالتَّصَرُّفِ فيه . قالَه المُصَنِّفُ والشّارِحُ .

فائدة : لو أخَذَ الوَدِيعَةَ مِنَ الصَّبِيِّ تخْلِيصًا لها مِنَ الهَلاكِ ، على وَجْهِ الحِسْبَةِ ، فقال فى « التَّلْخيصِ » : يَحْتَمِلُ أنْ لايَضْمَنَ ، كالمِلْكِ الضّائعِ إذا حَفِظَه

المقنع وَإِنْ أَوْدَعَ الصَّبِيُّ وَدِيعَةً ، فَتَلِفَتْ بِتَفْرِيطِهِ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ أَتْلَفَهَا لَمْ يَضْمَنْ ، وَقَالَ الْقَاضِى : يَضْمَنُ .

الشرح الكبير صَحَّ إيداعُه لِما أُذِنَ له فى التَّصَرُّفِ فيه ؛ لأنَّه كالبالِغِ[1] بالنِّسْبَةِ إلى ذلك . فإنْ خاف أنَّه إذا لم يَأْخُذْه منه أتْلَفَه ، لم يَضْمَنْه بأخْذِه ؛ لأنَّه قصَد تَخْلِيصَه مِن الهَلاكِ ، فلم يَضْمَنْه ، كما لو وَجَدَه فى سَيْلٍ فأخْرَجَه منه .

٢٤٥٣ – مسألة : (وإن أوْدَعَ الصَّبِيَّ) أو المَعْتُوهَ (وَدِيعَةً ، فتَلِفَتْ بتَفْرِيطِه ، لم يَضْمَنْ) فإن أتْلفَها ، أو أكَلَها ، ضَمِنَها فى قولِ القاضى ، وظاهِرِ مَذْهَبِ الشافعىِّ . ومِن أصْحابِنا مَن قال : لا ضَمانَ

الإنصاف لصاحِبِه . وهو الأصحُّ : ويَحْتَمِلُ أن يَضْمَنَ ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ له عليه . قال : وهكذا يُخَرَّجُ إذا أخَذ المالَ مِنَ الغاصِبِ تخْلِيصًا ؛ ليَرُدَّه إلى مالِكِه . انتهى . واقْتَصر الحارِثِىُّ على حِكايَةِ كلامِه ، وقدَّم ماصحَّحَه فى « التَّلْخيصِ » فى « الرِّعايَةِ » ،[2] وقطَع به فى « الكافِى »[2] .

قوله : وإنْ أوْدَعَ الصَّبِيَّ وَدِيعَةً ، فتَلِفَتْ بتَفْرِيطِه ، لم يَضْمَنْ . وكذلك المَعْتُوهُ . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَضْمَنُ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، فى أوَّلِ بابِ الحَجْرِ .

قوله : وإن أتْلَفَها ، لم يَضْمَنْ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال

---

(١) فى الأصل ، م : « كالبائع » .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

عليه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنه سَلَّطَه على إتْلافِها بدَفْعِها إليه ، فلا يَلْزَمُه . ألا تَرَى أنَّه لو دَفَع إلى صَغِيرٍ سِكِّينًا ، فوَقَعَ عليها ، كان ضَمانُه على عاقِلَتِه ؟ ولنا ، أنَّ ما ضَمِن بإتْلافِه قبلَ الإيداعِ ، ضَمِنَه بعدَ الإيداعِ ، كالبالِغِ . ولا يَصِحُّ قَوْلُهم : إنَّه سَلَّطَه على إتْلافِها . وإنَّما اسْتَحْفَظَه إيّاها ، وفارَقَ دَفْعَ السِّكِّينِ ، فإنَّه سَبَبٌ للإتْلافِ ، ودَفْعُ الوَدِيعَةِ بخِلافِه .

الإنصاف

فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : وقال غيرُ القاضى مِن أصحابِنا : لايَضْمَنُ . انتهوا . قال الحارِثِىُّ : قال ابنُ حامِدٍ : هذا قِياسُ المذهبِ . وإليه صارَ القاضى آخِرًا ، وذكَرَه ولَدُه أبو الحُسَيْنِ ، ولم يَذْكُرِ القاضى فى « رُءُوسِ المَسائلِ » سِواه . وكذا القاضى أبو الحُسَيْنِ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بَكْروسٍ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهو أصحُّ عندِى . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » . وقال القاضى : يَضْمَنُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال الحارِثِىُّ : واخْتارَه أبو علىٍّ ابنُ شِهابٍ ، ولم يُورِدِ الشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ ؛ وأبو المَواهِبِ الحُسَيْنُ ابنُ محمدٍ العُكْبَرِىُّ ، والقاسِمُ بنُ الحَسَنِ الحَدَّادُ ، سِواه . انتهى . وصحَّحه النَّاظِمُ . وهذا المذهبُ، على ما اصْطَلَحْناه . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ »، و« مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » .

فائدة : المَجْنونُ كالصَّبِىِّ . وكذا السَّفِيهُ عندَ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وجماعَةٍ ، ففيه الخِلافُ . وقيل : إتْلافُه مُوجِبٌ للضَّمانِ كالرَّشيدِ . قطَع به القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . قال الحارِثِىُّ : وإلْحاقُه بالرَّشيدِ أقْرَبُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

المقنع وَإِنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً فَأَتْلَفَهَا ، ضَمِنَهَا فِى رَقَبَتِهِ .

الشرح الكبير **٢٤٥٤** – مسألة : (وإن أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً فأتْلَفَها) خُرِّجَ على الوَجْهَيْن فى الصَّغِيرِ ، إذا أتْلَفَ[1] الوَدِيعَةَ ، فإن قُلْنا : لا يَضْمَنُ الصَّبِىُّ . كانت فى ذِمَّتِه . وإن قُلْنا : يَضْمَنُ . كانت فى رَقَبَتِه .

الإنصاف قوله : وإنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً ، فأتْلَفَها ، ضَمِنَها فى رَقَبَتِه . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . قال الحارِثِىُّ : وبه قال الأَكْثَرون مِن الأصحابِ ؛ أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الحُسَيْنِ ، والشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ [٢١٩/٢ظ] ، وابنُ بكْروسٍ ، والسَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . انتهى . والوَجْهُ الثَّانى ، يَضْمَنُها فى ذِمَّتِه . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . ولنا وَجْهٌ فى المذهبِ ، ذكَرَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » وغيرِه ، بعدَمِ الضَّمانِ مُطْلَقًا ، تخْرِيجًا مِن مِثْلِه فى الصَّبِىِّ ، وردَّه الحارِثِىُّ .

تنبيه : قيلَ : إنَّ الوَجْهَيْن اللذين فى العَبْدِ مَبْنِيَّان على الوَجْهَيْن فى الصَّبِىِّ . وهو قَوْلُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، والقاضى ، وصاحبِ « الفائقِ » ، ورَدَّه الحارِثِىُّ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : ويَضْمَنُ ، ويكونُ فى رَقَبَتِه ؛ سواءٌ كان مَحْجُورًا عليه ، أو مأْذونًا له . قال الحارِثِىُّ : صرَّح به غيرُ واحدٍ ، وهو مُقْتَضَى إطْلاقِ المُصَنِّفِ ، كما فى الجِنايَةِ على النَّفْسِ . انتهى . وهى طريقَتُه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم .

(١) فى م : « تلفت » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا أَوْدَعَه شيئًا ، ثم سَأَلَه دَفْعَه إليه فى وَقْتٍ أَمْكَنَه ذلك ، فلم يَفْعَلْ حتى تَلِف ، ضَمِنَه . ولا نَعْلَمُ خِلافًا فى وُجُوبِ رَدِّ الوَدِيعَةِ على مالِكِها إذا طَلَبَها ، فأَمْكَنَ أداؤُها إليه بغيرِ ضَرُورَةٍ ، وقد أمَرَ اللهُ تعالى بذلك ، فقال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾[1] . وقال رسولُ اللهِ ﷺ : [١٥٧/٥و] « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ »[2] . يَعْنِى عندَ طَلَبِها . ولأَنَّها حَقٌّ لمالِكِها لم يتَعلَّقْ بها حَقُّ غيرِه ، فلَزِم أداؤُها إليه ، كالمَغْصُوبِ والدَّيْنِ الحالِّ . فإنِ امْتَنَعَ مِن دَفْعِها فى هذه الحالِ ، فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأَنَّه صار غاصِبًا ، لأَنَّه أَمْسَكَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه بفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، أَشْبَهَ الغاصِبَ . فأَمَّا إن طَلَبَها فى وَقْتٍ لم يُمْكِنْ دَفْعُها ؛ لبُعْدِها ، أو لمَخافَةٍ فى طَرِيقِها ، أو للعَجْزِ عن حَمْلِها ، أو غيرِ ذلك ، لم يكنْ مُتَعَدِّيًا بتَرْكِ تَسْلِيمِها ؛ لأَنَّ اللهَ تعالى لا يُكَلِّفُ نَفْسًا إلَّا وُسْعَها . فإن تَلِفَتْ لم يَضْمَنْها ؛ لعَدَمِ عُدْوانِه . وإن قال : أَمْهِلُونِى حتى أَقْضِىَ صَلاتِى - أو - آكُلَ ، فإنِّى جائِعٌ - أو - أنامَ فإنِّى ناعِسٌ - أو - يَنْهَضِمَ عنِّى الطَّعامُ ، فإنِّى مُمْتَلِئٌ . أُمْهِلَ بقَدْرِ ذلك .

الإنصاف

فائدة : المُدَبَّرُ ، والمُكاتَبُ ، والمُعَلَّقُ عِتْقُه على صِفَةٍ ، وأُمُّ الوَلَدِ ، كالقِنِّ فيما تقدَّم . قالَه الحارِثِىُّ وغيرُه .

(١) سورة النساء ٥٨ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦ .

....

الشرح الكبير

فصل : وليس على المُسْتَوْدَعِ مُؤْنَةُ الرَّدِّ وحَمْلُها إلى رَبِّها ، إذا كانت ممّا لحَمْلِها مُؤْنَةٌ ، قَلَّتِ المُؤْنَةُ أو كَثُرَتْ ؛ لأنَّه قَبَضَ العَيْنَ لمَنْفَعَةِ مالِكِها على الخُصُوصِ ، فلم تَلْزَمْه الغَرامَةُ عليها ، كما لو وَكَّلَه فى حِفْظِها فى مِلْكِ صاحِبِها ، وإنَّما عليه التَّمْكِينُ مِن أخْذِها . فإن سافَرَ بها بغيرِ إذْنِ رَبِّها ، رَدَّها إلى بَلَدِها ؛ لأنَّه بَعَّدَها بغيرِ إذْنِ رَبِّها ، فلَزِمَه رَدُّها ، كالغاصِبِ .

فصل : إذا مات الرجلُ ، وثَبَت أنَّ عندَه وَدِيعَةً لم تُوجَدْ بعَيْنِها ، فهى دَيْنٌ عليه ، تُغْرَمُ مِن تَرِكَتِه ، فإن كان عليه دَيْنٌ سِواها ، فهما سَواءٌ إن وَفَّتْ تَرِكَتُه بهما ، وإلَّا اقْتَسماها[1] بالحِصَصِ . وبه قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، وداودُ بنُ[2] أبى هِنْدٍ ، ومالِكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفةَ وأصْحابُه ، وإسحاقُ . ورُوِىَ ذلك عن شُرَيْحٍ ، ومَسْرُوقٍ ، وعَطاءٍ ، وطاوُسٍ ، والزُّهْرِىِّ ، وأبى جَعْفَرٍ محمدِ بنِ علىٍّ . ورُوِىَ عن النَّخَعِىِّ : الأمانَةُ قبلَ الدَّيْنِ . وقال الحارِثُ العُكْلِىُّ : الدَّيْنُ قبلَ الأمانَةِ . ولَنا ، أنَّهما حَقَّانِ وَجَبا فى ذِمَّتِه ، فتَساوَيا كالدَّيْنَيْنِ . وسَواءٌ وُجِد فى تَرِكَتِه مِن جِنْسِ الوَدِيعَةِ أو لم يُوجَدْ . وهذا إذا أقَرَّ المُودَعُ أنَّ عندِى وَدِيعَةً ، أو علىَّ وَدِيعَةٌ لفُلانٍ ، أو ثَبَتَتْ بَيِّنَةٌ أنَّه مات وعندَه وَدِيعَةٌ . فأمّا إن كانت عندَه وَدِيعَةٌ

الإنصاف

....

(1) فى الأصل ، ر ٢ : « اقتسماه » .

(2) فى الأصل ، م : « وابن » .

وهو داود بن أبى هند واسمه دينار بن عذافر القشيرى مولاهم ، من فقهاء التابعين بالبصرة ، توفى سنة تسع وثلاثين ومائة . طبقات الفقهاء للشيرازى ٩٠ ، تهذيب التهذيب ٣/٢٠٤ .

المقنع

فَصْلٌ : وَالْمُودَعُ أَمِينٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ رَدٍّ وَتَلَفٍ وَإِذْنٍ فِي دَفْعِهَا إِلَى إِنْسَانٍ ، وَيُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ وَتفرِيطٍ .

الشرح الكبير

فى حَياتِه ، ولم تُوجَدْ بعَيْنِها ، ولم يُعْلَمْ [٥/١٥٧ظ] هل هى باقِيَةٌ عندَه أو تَلِفَتْ ؟ ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، وُجُوبُ ضَمانِها ؛ لأنَّ الوَديعَةَ يَجِبُ رَدُّها ، إلَّا أن يَثْبُتَ سُقُوطُ الرَّدِّ بالتَّلَفِ مِن غيرِ تَعَدٍّ ، ولم يَثْبُتْ ذلك ، ولأنَّ الجَهْلَ بعَيْنِها كالجَهْلِ بها ، وذلك لا يُسْقِطُ الرَّدَّ . والثانى ، لا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ الوَدِيعَةَ أمانَةٌ ، والأصْلُ عَدَمُ إتْلافِها والتَّعَدِّى فيها ، فلم يَجِبْ ضَمانُها . وهذا قولُ ابنِ أبى لَيْلَى ، وأحَدُ الوَجْهَيْن لأصْحابِ الشافعىِّ . والأوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ وُجُوبُ[1] الرَّدِّ ، فيَبْقَى عليه ، ما لم يُوجَدْ ما يُزِيلُه .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (والمُودَعُ أمِينٌ ، والقولُ قَوْلُه فيما يَدَّعِيه مِن رَدٍّ أو تَلَفٍ أو إذْنٍ فى دَفْعِها إلى إنسانٍ) إذا ادَّعَى المُسْتَوْدَعُ تَلَفَ الوَدِيعَةِ ، فالقولُ قَوْلُه بغيرِ خِلافٍ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ

الإنصاف

قوله : والمُودَعُ أمِينٌ ، والقَوْلُ قَوْلُه فيما يَدَّعِيه مِن رَدٍّ وتَلَفٍ . يعنِى ، مع يَمِينِه . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه : هذا المذهبُ . وعنه ، إنْ دفَعَها المُودِعُ ، بكَسْرِ الدَّالِ ، إلى المُودَعِ ببَيِّنَةٍ ، لم تُقْبَلْ دَعْوَى الرَّدِّ إلَّا ببيِّنَةٍ . نصَّ عليه فى روايةِ أبى طالبٍ ، وابنِ مَنْصُورٍ . قال الحارِثِىُّ : وهذا ما قالَه ابنُ أبِى مُوسى فى « الإرْشادِ » . وخرَّجها ابنُ عَقِيلٍ

---

(١) فى م : « وجود » .

الشرح الكبير

مَنْ نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العلمِ على أنَّ المُودَعَ إذا أحْرَزَ الوَدِيعَةَ ، ثم ذَكَر أنَّها ضاعَتْ ، أنَّ القولَ قَوْلُه . وقال أكْثَرُهم : مع يَمِينِه . وإنِ ادَّعَى رَدَّها على صاحِبِها ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وإسحاقُ . وبه قال مالِكٌ إن كان دَفَعَها إليه بغيرِ بَيِّنَةٍ ، وإن كان أوْدَعَه إيَّاها ببَيِّنَةٍ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه فى الرَّدِّ إلَّا ببَيِّنَةٍ . وحَكاه القاضى أبو الحُسَيْنِ رِوايَةً عن أحمدَ . ولَنا ، أنَّه أمِينٌ لا مَنْفَعَةَ له فى قَبْضِها ، فقُبِلَ قَوْلُه فى الرَّدِّ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، كما لو أُودِعَ بغيرِ بَيِّنَةٍ . وإن قال : دَفَعْتُها إلى فُلانٍ بأمْرِكَ . فأنكرَ مالِكُها الإِذْنَ فى دَفْعِها ، فالقولُ قولُ المُودَعِ . نَصَّ عليه

الإنصاف

على أنَّ الإِشْهادَ على دفْعِ الحُقوقِ الثَّابتَةِ بالبَيِّنَةِ واجِبٌ ، فيَكونُ ترْكُه تفْريطًا ، فيَجِبُ فيه الضَّمانُ . وقيل : لا يَحْتاجُ إلى يَمِينٍ مع دَعْوَى التَّلَفِ . قال الحارِثِىُّ : المذهبُ لايَحْلِفُ مُدَّعِى الرَّدِّ والتَّلَفِ ، إذا لم يُتَّهَمْ . وتأْتِى المَسْأَلَةُ قريبًا بأَتَمَّ مِن هذا .

تنبيه : محَلُّ هذا إذا لم يتعرَّضْ لذِكْرِ سببِ التَّلَفِ ؛ فإنْ أبْدَى(١) سببًا خَفِيًّا ؛ مِن سَرِقَةٍ ، أو ضياعٍ ونحوِه ، قُبِلَ أيضًا . ذكَرَه الأصحابُ . وإنْ أبْدَى(١) سببًا ظاهِرًا ؛ مِن حريقِ منْزِلٍ أو غَرَقِه ، أو هُجومِ غارَةٍ ، ونحوِ ذلك ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يُقْبَلُ قوْلُه إلَّا ببَيِّنَةٍ بوُجودِ ذلك السَّبَبِ فى تلك النَّاحِيَةِ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

أحمدُ فى رِوايَةِ ابنِ منصورٍ . وهو قولُ ابنِ أبى لَيْلَى . وقال مالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : القولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ ، وله تَضْمِينُه . ولَنا ، أنَّه ادَّعَى دَفْعًا يَبْرَأُ به مِن الوَدِيعَةِ ، فكان القولُ قَوْلَه ، كما لو ادَّعَى رَدَّها على مالِكِها . ولو اعْتَرَفَ المالِكُ بالإِذْنِ ، ولكنْ قال : لم يَدْفَعْها . فالقولُ قولُ المُسْتَوْدَعِ أيضًا ، ثم يُنْظَرُ فى المَدْفُوعِ إليه ؛ [٥/١٥٨و] فإن أقَرَّ بالقَبْضِ ، وكان الدَّفْعُ فى دَيْنٍ ، فقد بَرِئَ الكلُّ ، وإن أنْكَرَ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه . وقد ذَكَر أصْحابُنا أنَّ الدّافِعَ يَضْمَنُ ؛ لكونِه قَضَى الدَّيْنَ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، ولا تَجِبُ اليَمِينُ على صاحِبِ

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرُهم . وفى كلامِ أحمدَ ما يُشْعِرُ به . قال فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه : ويَكْفِى فى ثُبوتِ السَّبَبِ الاسْتِفاضَةُ . وقالَه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال فى « المُغْنِى » ، وجماعةٌ مِنَ الأصحابِ : يُقْبَلُ قوْلُه أيضًا . وتقدَّم نَظِيرُ ذلك فى الوَكالَةِ .

فائدة : لو مَنع المُودَعُ - بفَتْحِ الدَّالِ - صاحِبَ الوَدِيعَةِ منها ، أو مَطَلَه بلا عُذْرٍ ، ثم ادَّعَى تلَفًا ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ ؛ لخُروجِه بذلك عن الأمانةِ .

قوله : وإذْنٍ فى دَفْعِها إلى إنْسانٍ . يعْنِى ، إذا قال المُودَعُ ، بفَتْحِ الدَّالِ ، للمُودِعِ : أذِنْتَ لى فى دَفْعِها إلى فُلانٍ فدَفَعْتُها . فأنْكَرَ الإذْنَ ، فالقَوْلُ قوْلُ المُودَعِ ، بفَتْحِ الدَّالِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . كما قال المُصَنِّفُ ، ونصَّ عليه فى روايةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وقطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » ،

الشرح الكبير

الوَدِيعَةِ ؛ لأنَّ المُودَعَ مُفرِّطٌ ، لكونِه أذِنَ له فى قَضاءٍ يُبَرِّئُه مِن الحَقِّ و لم يَبْرَأْ بدَفْعِه ، فكان ضامِنًا ، سَواءٌ صَدَّقَه أو كَذَّبَه . وإن أمَرَه بدَفْعِه وَدِيعَةً ، لم يَحْتَجْ إلى بَيِّنَةٍ ؛ لأنَّ المُودَعَ يُقْبَلُ قَوْلُه فى التَّلَفِ والرَّدِّ ، فلا فائِدَةَ فى الإِشْهادِ عليه . فعلى هذا ، يَحْلِفُ المُودَعُ ويَبْرَأُ ، ويَحْلِفُ الآخَرُ ويَبْرَأُ أيضًا ، ويكونُ ذَهابُها مِن مالِكِها . وإنِ ادَّعَى عليه خِيانَةً أو تَفْرِيطًا ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ ذلك ، أشْبَهَ الوَكِيلَ .

الإنصاف

وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : لا يُقْبَلُ قَوْلُه . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوِىٌّ . وقيل : ذلك كوَكالَةٍ فى قَضاءِ دَيْنٍ . ولا يلْزَمُ المُدَّعَى عليه للمالِكِ غيرُ اليَمِينِ ، ما لم يُقِرَّ بالقَبْضِ . وذكَر الأَزَجِىُّ ، إنِ ادَّعَى الرَّدَّ إلى رسولِ مُوَكِّلٍ[1] ومُودِعٍ ، فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، ضَمِنَ ؛ لتعَلُّقِ الدَّفْعِ بثالثٍ ، ويَحْتَمِلُ لا . وإنْ أقَرَّ ، وقال : قَصَّرتُ لتَرْكِ الإِشْهادِ . احْتَمَلَ وَجْهَيْن . قال : واتَّفَقَ الأصحابُ أنَّه لو وَكَّلَه بقَضاءِ دَيْنِه ، فقَضاه فى غَيْبَتِه ، وترَكَ الإشْهادَ ، ضَمِنَ ؛ لأنَّ مَبْنَى الدَّيْنِ على الضَّمانِ ، ويَحْتَمِلُ ، إنْ أمْكَنَه الإِشْهادَ فترَكَه ، ضَمِنَ . انتهى . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو ادَّعَى الأَداءَ إلى وارثِ المالكِ ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ . قاله فى « التَّلْخيصِ » ، واقْتَصرَ عليه الحارِثِىُّ . وكذا دَعْوَى الأَداءِ إلى الحاكمِ . الثَّانيةُ ، لو ادَّعَى الأَداءَ على يَدِ عَبْدِه ، أو زَوْجَتِه ، أو خازِنِه ، فكدَعْوَى الأَداءِ بنَفْسِه .

(١) فى الأصل : « موكله » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : لَمْ تُودِعْنِي . ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ ، فَادَّعَى الرَّدَّ أَوِ التَّلَفَ ، لَمْ يُقْبَلْ وَإِنْ أَقَامَ بِهِ بَيِّنَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُهُ .

الشرح الكبير

٢٤٥٥ - مسألة : (وإن قال : لم تُودِعْنِى . ثم أقَرَّ بها ، أو ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ ، ثم ادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلَفَ ، لم يُقبَلْ) قَوْلُه (وإن أقام به بَيِّنَةً . ويَحْتَمِلُ أن تُقْبَلَ بَيِّنَتُه) إذا ادَّعَى على رجلٍ وَدِيعَةً ، فأنْكَرَ ، ثم ثَبَت أنَّه أوْدَعَه ،

الإنصاف

قوله : وما يُدَّعَى عليه مِن خِيانَةٍ أو تَفْرِيطٍ . يعْنِى ، القَوْلُ قوْلُه . وهذا بلا نِزاعٍ .

فائدة : هل يَحْلِفُ مُدَّعِى الرَّدِّ والتَّلَفِ والإِذْنِ فى الدَّفْعِ إلى الغيرِ ، ومُنْكِرُ الجِنايَةِ والتَّفْريطِ ، ونحوُ ذلك ؟ قال الحارِثِىُّ : المذهبُ لا يَحْلِفُ إلَّا أن يكونَ مُتَّهَمًا . نصَّ عليه مِن وُجوهٍ . وكذا قال الخِرَقِىُّ ، وابنُ أبِى مُوسى فى الوَكِيلِ . وأطْلَقَ المُصَنِّفُ فى « كِتابَيْه » ، وكثيرٌ مِنَ الأصحابِ ، وُجوبَ التَّحْليفِ ، قال : ولا أعْلَمُه عن أحمدَ نصًّا ولا إيماءً . انتهى . والمذهبُ عندَ أكثرِ الأصحابِ المُتأخِّرين ، ما قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وتقدَّم التَّنْبِيهُ [٢٢٠/٢و] على بعضِه قريبًا .

قوله : وإنْ قالَ : لم تُودِعْنِى . ثم أقَرَّ بها ، أو ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ فادَّعَى الرَّدَّ ، أوِ التَّلَفَ ، لم يُقْبَلْ ، وإنْ أقامَ بذلك بَيِّنَةً . نصَّ عليه . مُرادُه ، إذا ادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلَفَ قبلَ جُحُودِه ؛ بأنْ يدَّعِىَ عليه الوَدِيعَةَ يومَ الجُمُعَةِ فيُنْكِرَها ، ثم يُقِرَّ ، أو تقُومَ بَيِّنَةٌ بها ، فيُقِيمَ بَيِّنَةً بأنَّها تَلِفَتْ ، أو ردَّها يومَ الخَمِيسِ ، أو قبلَه مثَلًا ، فالمذهبُ فى هذا ، كما قال المُصَنِّفُ ، مِن أنَّه لا يُقْبَلُ قوْلُه ولا بَيِّنَتُه . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه ، وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . ويحْتَمِلُ أنْ تُقْبَلَ بَيِّنَتُه . قال الحارِثِىُّ : وهو المَنْصُوصُ مِن روايةِ أبِى طالِبٍ ، وهو الحقُّ . وقال : هذا

الشرح الكبير

فقال : أَوْدَعْتَنِى ، وهَلَكَتْ مِن حِرْزِى . لم يُقْبَلْ قَوْلُه ، وعليه ضَمانُها . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأَصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأَنَّه مُكَذِّبٌ لإِنْكارِه الأَوَّلِ ، ومُعْتَرِفٌ على نَفْسِه بالكَذِبِ المُنافِى للأمانَةِ . وإن أَقَرَّ صاحِبُها له بتَلَفِها مِن حِرْزِه قبلَ جَحْدِها ، فلا ضَمانَ عليه . وإن أَقَرَّ أنها تَلِفَتْ بعدَ جُحُودِه ، لم يَسْقُطْ عنه الضَّمانُ ؛ لأَنَّه خَرَج بجُحُودِه عن الأمانَةِ ، فصار ضامِنًا ، كمَن طُولِبَ بالوَدِيعَةِ فامْتَنَعَ مِن رَدِّها . وكذلك إن أقام بَيِّنَةً بتَلَفِها بعدَ الجُحُودِ ؛ لذلك . وإن شَهِدَتْ بتَلَفِها قبلَ الجُحُودِ

الإنصاف

المذهبُ عندِى . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وأمَّا إنِ ادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلَفَ بعدَ جُحُودِه بها ؛ بأنْ يدَّعِىَ عليه يومَ الجُمُعَةِ فيُنْكِرَ ثم يُقرَّ ، أو تقومَ البَيِّنَةُ بها ، فيُقِيمَ بَيِّنَتَه بتَلَفِها أو رَدِّها يومَ السَّبْتِ ، أو بعدَه مثلًا ، فهذا تُقْبَلُ فيه البَيِّنَةُ بالرَّدِّ ، قوْلًا واحدًا . وتُقْبَلُ فى التَّلَفِ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ ، وتُسْمَعُ بتَلَفٍ . وقيل : لا تُقْبَلُ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وأبِى الخَطَّابِ ، والسَّامَرِّىِّ ، وصاحِبِ « التَّلْخيصِ » ، وجماعَةٍ ؛ لأنَّهم أطْلَقوا . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بالتَّلَفِ أو الرَّدِّ ، ولم تُعَيِّنْ ؛ هل ذلك قبلَ جُحُودِه أو بعدَه ؟ واحْتَملَ الأمْرَيْن ، لم يَسْقُطِ الضَّمانُ . قلتُ : ويَحْتَمِلُ السُّقوطَ ؛ لأنَّه الأصْلُ . الثَّانيةُ ، لو قال : لك وَدِيعَةٌ . ثم ادَّعَى ظَنَّ بَقائِها ، ثم عَلِمَ تلفَها ، أو ادَّعَى الرَّدَّ إلى رَبِّها ، فأنْكَرَه ورَثَتُه ، فهل يُقْبَلُ قوْلُه ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، وأطْلَقَهما فى الأُولَى فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ؛ أحدُهما ، لا يُقْبَلُ قوْلُه فى المَسْأَلَةِ الأُولَى . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، عندَ قوْلِ الخِرَقِىِّ : وإذا

المقنع

وَإِنْ قَالَ : مَا لَكَ عِنْدِى شَىْءٌ . قُبِلَ قَوْلُهُ فِى الرَّدِّ وَالتَّلَفِ .

الشرح الكبير

من الحِرْزِ ، فهل تُسْمَعُ بيِّنتُه ؟ فيه وَجْهان ؛ أَحدُهما ، لا تُسْمَعُ ؛ لأَنَّه مُكَذِّبٌ لها بإنْكارِه الإيداعَ . والثانى ، تُسْمَعُ ؛ لأنَّ صاحِبَها لو أقرَّ بذلك سَقَط عنه ، فتُسْمَعُ البَيِّنَةُ به ، فإنْ شَهِدَتْ بالتَّلَفِ من الحِرْزِ ولم تُعَيِّنْ قبلَ الجُحُودِ ولا بعدَه ، واحْتَمَلَ الأمْرَيْن ، لم يَسْقُطِ الضَّمانُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ وُجُوبُه ، فلا يَنْتَفِى بأمْرٍ مُتَرَدِّدٍ .

٢٤٥٦ – مسألة : (وإن قال: ما لَكَ [٥/١٥٨ظ] عندِى شىءٌ . قُبِلَ قَوْلُه فى الرَّدِّ والتَّلَفِ) إذا قامت بَيِّنَةٌ بالإيداعِ ، أو أقَرَّ به المُودَعُ بعدَ قَوْلِه : ما لَكَ عندِى شىءٌ – أو – لا حَقَّ لك علىَّ . ثم قال : ضاعَتْ مِن حِرْزِى . كان القولُ قَوْلَه مع يَمِينِه ، ولا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ قَوْلَه لا يُنافِى ما شَهِدَتْ به البَيِّنَةُ ، ولا يُكَذِّبُها ، فإنَّ مَن تَلِفَتِ الوَدِيعَةُ مِن حِرْزِه بغيرِ تَفْرِيطِه لا شىءَ لمالِكِها عندَه ، ولا يَسْتَحِقُّ عليه شيئًا .

الإنصاف

قال : عندِى عشَرَةُ دَراهِمَ . ثم قال : وَدِيعَةً . وقدَّمه الشَّارِحُ فى بابِ ما إذا وصَلَ بإقْرارِه ما يُغَيِّرُه . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وقال القاضى : يُقبَلُ قوْلُه ؛ لأنَّ أحمدَ قال ، فى رِوايةِ ابنِ مَنْصُورٍ : إذا قال : لك عندِى وَدِيعَةٌ دَفَعْتُها إليك . صُدِّقَ . انتهى . قلتُ : وهذا الصَّوابُ . وأمَّا إذا ادَّعَى الرَّدَّ إلى رَبِّها ، وأنْكَرَه ورَثَتُه ، فالصَّحيحُ أنَّه يُقْبَلُ قوْلُه ، كما لو كان حَيًّا . ثم وَجَدْتُه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » قطَع بأنَّه لا يُقْبَلُ قوله إلَّا ببَيِّنَةٍ .

قوله : وإنْ قالَ : ما لك عندِى شىءٌ . قُبِلَ قولُه فى الرَّدِّ والتَّلفِ . بلا نِزاعٍ .

الشرح الكبير

فصل : فإن نَوَى الخِيانَةَ فى الوَدِيعَةِ بالجُحُودِ أو الاسْتِعْمالِ ، و لم يَفْعَلْ ذلك ، لم يَصِرْ ضامِنًا ؛ لأنَّه لم يُحْدِثْ فى الوَدِيعَةِ قولًا ولا فِعْلًا ، فلم يَضْمَنْ ، كما لو لم يَنْوِ . وقال ابنُ سُرَيْجٍ : يَضْمَنُها ؛ لأنَّه أمْسَكَها بنِيَّةِ الخِيانَةِ ، فضَمِنَها ، كاللُّقَطَةِ بقَصْدِ التَّمْليكِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « عُفِىَ لأُمَّتِى عن الخَطَأِ والنِّسْيَانِ ، وما حَدَّثَتْ به أنْفُسَها ، ما لَمْ تَتَكَلَّمْ بِه ، أوْ تَعْمَلْ بِهِ »[1] . ولأنَّه لم يَخُنْ فيها بقولٍ ولا فِعْلٍ ، فلم يَضْمَنْها ، كالذى لم يَنْوِ ، وفارَقَ المُلْتَقِطَ بقَصْدِ التَّمْليكِ ، فإنَّه عَمِل فيها[2] بأخْذِها ناوِيًا للخِيانَةِ فيها ، فوَجَبَ الضَّمانُ بفِعْلِه المَنْوِىِّ ، لا بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ . ولو الْتَقَطَها قاصِدًا لتَعْرِيفِها ، ثم نَوَى بعدَ ذلك إمْساكَها لنَفْسِه ، كانت كمسْألَتِنا . وإن أخْرَجَها بنِيَّةِ الاسْتِعْمالِ ، فلم يَسْتَعْمِلْها ، ضَمِنَها . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَضْمَنُها إلَّا بالاسْتِعْمالِ ؛ لأنَّه لو أخْرَجَها لنَقْلِها لم يَضْمَنْها . ولنا ، أنَّه تَعَدَّى بإخْراجِها ، أشْبَهَ ما لو اسْتَعْمَلَها ، بخِلافِ ما إذا نَقَلَها .

الإنصاف

لكِنْ إنْ وقَع التَّلَفُ بعدَ الجُحودِ ، وجَبَ الضَّمانُ ؛ لاسْتِقْرارِ حُكْمِه بالجُحودِ ، فيُشْبِهُ الغاصِبَ . ذكَرَه الشَّارِحُ ، واقْتَصرَ عليه الحارِثِىُّ ، وقال : والإطْلاقُ هنا محْمولٌ عليه . وقال الزَّرْكَشِىُّ : يُقْبَلُ قوْلُه فى الرَّدِّ والتَّلَفِ . ولافَرْقَ بينَ قبلَ الجُحودِ وبعدَه ، على ظاهِرِ إطْلاقِ جماعةٍ . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : وقد

---

(١) الطرف الأول للحديث تقدم تخريجه فى ١/٢٧٦ .
والطرف الثانى تقدم تخريجه فى ٧/٤٢٨ .

(٢) فى م : « بها » .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ الْمُودَعُ ، وَادَّعَى وَارِثُهُ الرَّدَّ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَهُ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَبَعْدَهُ يَضْمَنُهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٥٧ – مسألة : (وإن مات المُودَعُ ، فادَّعَى وارِثُه التَّسْلِيمَ ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ) لأنَّ صاحِبَها لم يَأْتَمِنْه عليها ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه عليه ، بخِلافِ المُودَعِ ، فإنَّه ائْتَمَنَه ، فقُبِلَ قَوْلُه بغيرِ بَيِّنَةٍ .

٢٤٥٨ – مسألة : (فإن تَلِفَتْ عندَه قبلَ إمْكانِ رَدِّها ، لم يَضْمَنْها)

الإنصاف

قيل : إنْ شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بالتَّلَفِ بعدَ الجُحودِ ، فعليه الضَّمانُ ، وإنْ شَهِدَتْ بالتَّلَفِ قبلَه ، فلا ضَمانَ .

قوله : فإنْ ماتَ المُودَعُ فادَّعَى وارِثُه الرَّدَّ ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ . بلا نِزاعٍ . وكذا حُكْمُ دَعْوَى المُلْتَقِطِ ، ومَن أطارَتِ الرِّيحُ إلى دارِه ثَوْبًا ، الرَّدُّ إلى المالِكِ . قال فى « القَواعِدِ » : ويَتَوَجَّهُ قَبُولُ دَعْواه فى حالَةٍ لا يضْمَنُ فيها بالتَّلَفِ ؛ لأنَّه مُؤْتَمَنٌ شَرْعًا فى هذه الحالَةِ . ولوِ ادَّعَى الوارِثُ أنَّ مُوَرِّثَه ردَّها ، لم يُقْبَلْ أيضًا إلَّا بيِّنَةٍ عندَ الأصحابِ . قال الحارِثِيُّ : وقد يتَخرَّجُ لنا قولٌ بالقَبُولِ مِن أحَدِ الوَجْهَيْن ، فيما إذا كان عندَه وَدِيعَةٌ فى حَياتِه ، لم تُوجَدْ بعَيْنِها ، ولا يُعْلَمُ بقاؤُها ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ الحُصولِ فى يَدِ الوارِثِ ، وكذلك ما لو ادَّعَى التَّلَفَ فى يَدِ مُوَرِّثِه . انتهى . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والأرْبَعِين » : ولا حاجَةَ إلى التَّخْرِيجِ إذَنْ ؛ لأنَّ الضَّمانَ على هذا الوَجْهِ مُنْتَفٍ ؛ سواءٌ ادَّعَى الوارِثُ الرَّدَّ أو التَّلَفَ ، (١)أو لم يَدَّعِ شيئًا(١) .

قوله : وإنْ تَلِفَتْ عندَ الوارِثِ قبلَ إمْكانِ رَدِّها ، لم يَضْمَنْها – بلا نِزاعٍ –

(١ – ١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

لأنه لا تَفْرِيطَ منه ولا تَعَدٌّ . وإن كان بعدَ الإمْكانِ فتَلِفَتْ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَضْمَنُها ؛ لتَأخُّرِ رَدِّها مع إمْكانِه . والآخَرُ ، لا يَضْمَنُها ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ فى إثْباتِ يَدِه عليها ، إنَّما حَصَلَتْ فى يَدِه بغيرِ فِعْلِه .

الإنصاف

وبعدَه يَضْمَنُها، فى أحدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِيِّ » . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالثَةِ والأرْبَعِين » : والمَشْهورُ الضَّمانُ . وجزَم به فى « الهِدايةِ »، و« المُذْهَبِ »، و« المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و« الهادِى »، و« الوَجيزِ »وغيرِهم . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ »، وقال : ذكَرَه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَضْمَنُها . قال الحارِثِيُّ : وهذا لا أعْلَمُ أحدًا ذكَرَه إلَّا المُصَنِّفَ . قلتُ : قد أشارَ إليه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِيِّ » ، و « ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : يَضْمَنُها ، إنْ لم يعْلَمْ بها [٢/٢٢٠ظ] صاحِبُها . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : وهو أوْلَى . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

فائدة : إذا حصَل فى يَدِه أمانَةٌ بدُونِ رِضَا صاحِبِها ، وجَبَتِ المُبادَرَةُ إلى رَدِّها ، مع العِلْمِ بصاحِبِها والتَّمَكُّنِ منه ، ودخَلَ فى ذلك اللُّقَطَةُ . وكذا الوَدِيعَةُ ، والمُضارَبَةُ ، والرَّهْنُ ، ونحوُها ، إذا ماتَ المُؤْتَمَنُ وانْتَقَلَتْ إلى وارِثِه . وكذا لو أطارَتِ الرِّيحُ ثَوْبًا إلى دارِه لغيرِه . ثم إنَّ كثيرًا مِنَ الأصحابِ قالُوا هنا : الواجِبُ الرَّدُّ . وصرَّح كثيرٌ منهم بأنَّ الواجِبَ أحدُ شَيْئَيْن ؛ إمَّا الرَّدُّ ، أو الإعْلامُ ، كما فى « المُسْتَوْعِبِ »، و « المُغْنِى »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، وذكَر نحوَه

الشرح الكبير

فصل : إذا مات المُودَعُ وعندَه وَدِيعَةٌ مَعْلُومَةٌ بعَيْنِها ، فعلى وَارِثِه تَمْكِينُ صاحِبِها مِن أخْذِها ، فإن لم يَفْعَلْ ، [٥/١٥٩و] ضَمِن كالمُودَعِ ، فإن لم يَعْلَمْ صاحِبُها بمَوْتِ المُودَعِ ، فعلى الوَرَثَةِ إعْلامُه ، وليس لهم إمْساكُها قبلَ أن يَعْلَمَ بها رَبُّها ؛ لأنَّه لا يَأْتَمِنُهم عليها ، وإنَّما حَصَل مالُ غيرِهم بأيْدِيهم ، بمَنْزِلَةِ مَن أطارَتِ الرِّيحُ إلى دارِه ثَوْبًا وعَلِمَ به ، فعليه إعْلامُ صاحِبِه به ، فإن أخَّرَ(١) ذلك مع الإمْكانِ ضَمِن . كذا هٰهُنا .

الإنصاف

ابنُ عَقِيلٍ ، وهو مُرادُ غيرِهم . ثم إنَّ الثَّوْبَ ؛ هل يحْصُلُ فى يَدِه ؛ لسُقُوطِه فى دارِه مِن غيرِ إمْساكٍ له أمْ لا ؟ قال القاضى : لا يحْصُلُ فى يَدِه بذلك . وخالَفَ ابنُ عَقِيلٍ . والخِلافُ هنا مُنَزَّلٌ على الخِلافِ فيما حصَل فى أرْضِه مِنَ المُباحاتِ ؛ هل يَمْلِكُها بذلك أمْ لا ؟ على ما تقدَّم فى كتابِ البَيْعِ . وكذا حُكْمُ الأماناتِ إذا فَسَخَها المالِكُ ؛ كالوَدِيعَةِ ، والوَكالَةِ ، والشَّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، يجِبُ الرَّدُّ على الفَوْرِ لزَوالِ الائْتِمانِ . صرَّح به القاضى فى « خِلافِه » . وسواءٌ كان الفَسْخُ فى حَضْرَةِ الأمينِ ، أو غَيْبَتِه . وظاهِرُ كلامِه ، أنَّه يجِبُ فِعْلُ الرَّدِّ . وعلى قِياسِ ذلك ، الرَّهْنُ بعدَ اسْتِيفاءِ الدَّيْنِ ، والعَيْنُ المُؤْجَرَةُ بعدَ انْقِضاءِ المُدَّةِ . وذكَر طائفةٌ مِنَ الأصحابِ فى العَيْنِ المُؤْجَرَةِ ، لا يجِبُ على المُسْتَأْجِرِ فِعْلُ الرَّدِّ ، ومنهم مَن ذكَر فى الرَّهْنِ كذلك . ذكَر مَعْنَى ذلك فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والأرْبَعِين » . وأمَّا إذا ماتَ المُودَعُ ، ولم يُبَيِّنِ الوَدِيعَةَ ، ولم تُعْلَمْ ، فهى دَيْنٌ فى تَرِكَتِه . تقدَّم ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أواخِرِ المُضارَبَةِ .

---

(١) فى م : « أحرز » .

الشرح الكبير

فصل : ولا تَثْبُتُ الوَدِيعَةُ إلَّا بإقْرارِ مِن المَيِّتِ أو وَرَثَتِه ، أو بَيِّنَةٍ . وإن وُجِدَ عليها مَكْتُوبٌ وَدِيعَةٌ ، لم يكنْ حُجَّةً عليهم ، لجَوازِ أن يكونَ الوِعاءُ كانت فيه وَدِيعَةٌ قبلَ هذه ، أو كان وَدِيعَةً لمَوْرُوثِهم عندَ غيرِه ، أو كانت وَدِيعَةً فابْتاعَها ، وكذلك لو وَجَد فى رُزْمَانَجِ[1] أبيه أنَّ لفُلانٍ عندِى وَدِيعةً كذا ، لم يَلْزَمْه بذلك ؛ لجَوازِ أن يكونَ قد رَدَّها ونَسِىَ الضَّرْبَ على ما كَتَب ، أو غيرِ ذلك . وهذا قولُ أصْحابِ الشافعىِّ . وحَكَى القاضى أبو الحُسَيْنِ ، أنَّ المَذْهَبَ وُجوبُ الدَّفعِ إلى مَن هو مكْتُوبٌ باسْمِه . أوْمَأ إليه أحمدُ ، كما لو وَجَد فى رُزْمَانَجِ أبيه دَيْنًا على غيرِه بخَطِّ أبيه ، كان له أن يَعْمَلَ على خَطِّه ، ويَحْلِفَ على اسْتِحْقاقِه بالخَطِّ ، فإذا وَجَد دَيْنًا عليه كان أَوْلَى وأحْوطَ .

الإنصاف

فائدة جليلة : تَثْبُتُ الوَدِيعَةُ بإقْرارِ المَيِّتِ ، أو ورثَتِه ، أو بَيِّنَتِه . وإنْ وجَدَ خطَّ مَوْرُوثِه : لفُلانٍ عندِى وَدِيعَةٌ . أو على كِيسٍ : هذا لفُلانٍ . عَمِلَ به وُجوبًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ويُعْمَلُ به على الأصحِّ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . نصَّ عليه مِن رِوايَةِ إسْحاقَ بنِ إبراهِيمَ ، فى الوَصِيَّةِ ، ونصَرَه ، وردَّ غيرَه . وقال : قالَه القاضى أبو الحُسَيْنِ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بَكْروسٍ . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وهو الذى ذكَرَه القاضى فى « الخِلافِ » . وقيل : لا يُعْمَلُ به ، ويكونُ تَرِكَةً . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ . وقدَّمه الشارِحُ ، ونصَرَه ، وجزَم به

---

(١) أصله الروزنامه ، وهى مركبة من روز ، أى يوم ، ونامه أى كتاب والمقصود الدفتر الذى يسجل فيه . الألفاظ الفارسية المعربة ٧٥ .

المقنع

وَإِذَا ادَّعَى الْوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فَأَقَرَّ بِهَا [١٤٧و] لِأَحَدِهِمَا ، فَهِىَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَيَحْلِفُ الْمُودَعُ أَيْضًا .

الشرح الكبير

٢٤٥٩ – مسألة : (وإنِ ادَّعَى الوَدِيعَةَ اثْنان ، فأقَرَّ بها لأحَدِهما ، فهى له مع يَمِينِهِ) لأنَّ يدَه دَلِيلُ[1] مِلْكِه ، بدَلِيلِ أنَّه لو ادَّعاها لنَفْسِه ،

الإنصاف

فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و« النَّظْمِ » . وإنْ وجَد خطَّه بدَيْنٍ له على فُلانٍ ، حلَفَ الوارِثُ ، ودُفِعَ إليه . قطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « إعْلامِ المُوَقِّعِين » . وإنْ وجَد خطَّه بدَيْنٍ عليهم ، فقيل : لا يُعْمَلُ به ، [2]ويكونُ تَرِكَةً مَقْسُومَةً . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وجزَم به فى « الفُصولِ » ، و « المُذْهَبِ » ، وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : يعْمَلُ به[2] ، ويُدْفَعُ إلى مَن هو مكْتُوبٌ باسْمِه . قال القاضى أبو الحُسَيْنِ : المذهبُ وُجوبُ الدَّفْعِ إلى مَن هو مكْتُوبٌ باسْمِه . أوْمَأَ إليه ، وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » . وهو الذى ذكَرَه القاضى فى « الخِلافِ » ، [2]وهو ظاهِرُ ما قطَع به فى « إعْلامِ المُوَقِّعِين »[2] . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ، وهو المذهبُ عندَ الحارِثِىِّ ؛ فإنَّه قال : والكتابَةُ بالدُّيونِ عليه كالكِتابةِ بالوَدِيعَةِ ، كما قدَّمْنا . حَكاه غيرُ واحدٍ ؛ منهم السَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . انتهى . وقد تقدَّم كلامُه فى المَسْأَلَةِ الأُولَى . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » .

قوله : وإنِ ادَّعَى الوَدِيعَةَ اثْنان ، فأقَرَّ بها لأحَدِهما ، فهى له مع يَمِينِه . بلا نِزاعٍ

---

(١) بعده فى م : « على » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

كان القولُ قَوْلَه ، فكذلك إذا أقَرَّ بها لغيرِه ، ويَلْزَمُه أن يَحْلِفَ للآخَرِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لحقِّه ، فإن حَلَفَ بَرِئَ ، وإن نكَلَ لَزِمَه أن يَغْرَمَ له قِيمَتَها ؛ لأنه فَوَّتَها عليه . وكذلك لو أقَرَّ له بها بعدَ أن أقَرَّ بها للأوَّلِ ، فإنَّها تُسَلَّمُ إلى الأوَّلِ ، ويَغْرَمُ قِيمَتَها للثانِى . نَصَّ عليه أحمدُ .

الإنصاف

أعْلَمُه . لكِنْ قال الحارِثِىُّ : وهذا اللَّفْظُ ليس على ظاهِرِه ؛ مِن جِهَةِ أنَّه مُشْعِرٌ بأنَّ كَمالَ الاسْتِحْقاقِ يتوَقَّفُ على اليَمِينِ ، وهى إنَّما تُفِيدُ الاسْتِحْقاقَ حالَ ردِّها على المُدَّعِى عندَ مَن قال به ، أو حالَ تعَذُّرِ كَمالِ البَيِّنَةِ . وما نحنُ فيه ليس واحدًا مِنَ الأمْرَيْن . لا يُقالُ : المُودَعُ شاهِدٌ . إذْ لو كان كذلك ، لاعْتُبِرَ له العَدالَةُ ، وصِيغَةُ الشَّهادَةِ ، والأمْرُ بخِلافِه ، فتعَيَّنَ تأْوِيلُه على حَلِفِه للمُدَّعِى . انتهى .

قولُه : ويحْلِفُ المُودَعُ - بفَتْحِ الدَّالِ أيضًا - للمُدَّعِى الآخَرِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به هنا فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » : حلَف فى الأصحِّ . ذكَراه فى بابِ الدَّعاوَى . وقيل : لا يلْزَمُه يَمِينٌ . فعلى المذهبِ ، إنْ نكَل ، فعليه البدَلُ للثَّانى ، بلا نِزاعٍ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو تبيَّنَ للمُقِرِّ بعدَ الاقْتِراعِ أنَّها للمَقْروعِ ، فقال الإمامُ أحمدُ : قد مضَى الحُكْمُ . أى ، لا تُنْزَعُ مِنَ القارِعِ ، وعليه القِيمَةُ للمَقْروعِ . الثَّانيةُ ، لو دفَع الوَديعَةَ إلى مَن يظُنُّه صاحِبَها ، ثم تبَيَّنَ خطَؤُه ، ضَمِنَها لتَفْريطِه . صرَّح به القاضى . وخرَّج فى « القَواعِدِ » وَجْهًا بعدَمِ [٢٢١/٢و] الضَّمانِ عليه ، وإنَّما هو على المُتْلِفِ وحدَه .

المقنع

وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لَهُمَا ، فَهِىَ لَهُمَا ، وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُ صَاحِبَهَا . حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ، وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ وَأَخَذَهَا .

الشرح الكبير

٢٤٦٠ – مسألة : (وإن أقَرَّ بها لهما) جَمِيعًا، فهي بينَهما ، ويَلْزَمُه اليَمينُ لكلِّ واحِدٍ منهما فى نِصْفِها (وإن قال : لا أعْرِفُ صاحِبَها) فاعْتَرَفا له بجَهْلِه بعَيْنِ المُسْتَحِقِّ لها ، فلا يَمِينَ عليه . وإنِ ادَّعَيا مَعْرِفَتَه ، لَزِمَتْه يَمِينٌ واحِدَةٌ أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك . وقال أبو حنيفةَ : يَحْلِفُ يَمِينَيْنِ ، كما لو أنْكَرَهما . ولَنا ، أنَّ الذى يُدَّعَى عليه أمْرٌ واحِدٌ ، وهو العِلْمُ بعَيْنِ المالِكِ ، فكَفاه يَمِينٌ واحِدَةٌ ، كما لو ادَّعَياها فأقَرَّ بها لأحَدِهما ، ويُفارِقُ ما إذا أنْكَرَهما ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَدَّعِى عليه أنَّها له ، فهما دَعْوَيان ، فإن حَلَفَ أُقْرِعَ بينَهما ، وسُلِّمَتْ إلى مَن تَقَعُ له القُرْعَةُ . وقال الشافعيُّ : يَتَحالَفان ، [٥/١٥٩ظ] ويُوقَفُ الشيءُ بينَهما حتى يَصْطَلِحا . وهذا قولُ ابنِ أبى لَيْلَى ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُ المالِكَ منهما . وللشافعيِّ قولٌ آخَرُ ، أنَّها تُقْسَمُ بينَهما ، كما لو أقَرَّ بها لهما . وهذا الذى حَكاه ابنُ المُنْذِرِ عن ابنِ أبى لَيْلَى . وهو قولُ أبى حنيفةَ وصاحِبَيْه فيما حُكِىَ عنهم ، قالوا : ويَضْمَنُ المُودَعُ

الإنصاف

قوله : وإنْ أقَرَّ بها لهما ، فهى لهما ، ويَحْلِفُ لكُلِّ واحِدٍ منهما . بلا نِزاعٍ أعْلَمُه . فإنْ نكَل ، فعليه بذْلُ نِصْفِها لكُلِّ واحدٍ منهما ، ويلْزَمُ كلَّ واحدٍ منهما الحَلِفُ لصاحِبِه ، كما تقدَّم . ولم يذْكُرْه المُصَنِّفُ ، وكأنَّه اكْتَفَى بالأوَّلِ .

قوله : فإنْ قال : لا أعْرِفُ صاحِبَها . حلَف أنَّه لا يَعْلَمُ . يعْنِى ، يمِينًا واحدةً .

الشرح الكبير

نِصْفَها لكلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّه فَوَّتَ ما اسْتُودِعَ بجَهْلِهِ . ولَنا ، أنَّهما تَساوَيا فى الحَقِّ فيما ليس بأيْديهما ، فوَجَبَ أن يُقْرَعَ بينَهما ، كالعَبْدَيْن إذا أعْتَقَهما فى مَرَضِه ، فلم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا أحَدُهما ، أو كما لو أرادَ السَّفَرَ بإحْدَى نِسائِه . وقولُ أبى حنيفة لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ العَيْنَ لم تَتْلَفْ ، ولو تَلِفتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ منه ، فلا ضَمانَ عليه ، وليس فى جَهْلِهِ تَفْرِيطٌ ، إذْ ليس فى وُسْعِه أن لا يَنْسَى ولا يَجْهَلَ .

الإنصاف

إذا أقَرَّ بها لأحَدِهما ، وقال : لا أعْرِفُ عيْنَه . فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يُصَدِّقاه ، أوْ لا ؛ فإنْ صدَّقاه ، فلا يَمِينَ عليه ؛ إذْ لا اخْتِلافَ ، وعليه التَّسْلِيمُ لأحَدِهما بالقُرْعَةِ مع يَمِينِه . (١ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » ، واقْتَصرَ عليه الحارِثِىُّ ، وقال : هو المذهبُ ، وفى نصُوصِ أحمدَ ما يقْتَضِيه . وإنْ لم يُصَدِّقاه ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يُكَذِّباه ، أو يسْكُتا ؛ فإنْ سكَتا ، قُبِلَ قوْلُه بغيرِ يَمِينٍ ١) . ذكَرَه غيرُ واحدٍ ؛ منهم أبو الخَطَّابِ ، وأبو الحُسَيْنِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، واقْتَصَرَ عليه الحارِثِىُّ . وذكَر عنِ الشَّافِعِيَّةِ وَجْهًا آخرَ ، وعلَّله . قال الحارِثِىُّ : وهذا بمُجَرَّدِه حقٌّ ، إنْ لم يَقُمْ دليلٌ على اعْتِبارِ صَرِيحِ الدَّعْوَى لوُجوبِ اليَمِينِ . انتهى . ثم قال القاضى وغيرُه : يُقْرَعُ بينَ المُتَداعِيَيْن ، فمَن أصابَتْه القُرْعَةُ ، حلَف أنَّها له ، وأُعْطِىَ . وإنْ كذَّباه ، حلَف أنَّه لا يَعْلَمُ ، كما قال المُصَنِّفُ . قال الحارِثِىُّ : وهو قولُ القاضى ، ومَن بعدَه مِنَ الأصحابِ . وتقدَّم أنَّ المذهبَ لا يَمِينَ على مُدَّعِى التَّلَفِ ومُنْكِرِ الخِيانَةِ والتَّفْرِيطِ ، ونحوِه ، إلَّا أنْ يكونَ مُتَّهَمًا . وهذا كذلك ، فلا يَمِينَ على المذهبِ ؛ نظَرًا إلى أنَّ المالِكَ ائْتَمَنَه . وعلى القولِ بالحَلِفِ ، يحْلِفُ يمِينًا واحدةً . على الصَّحيحِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الإنصاف

مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال الحارِثِىُّ ، خِلافًا لأبِى حَنيفَةَ : لتَغايُرِ الحَقَّيْن ، كما فى إنْكارِ أصْلِ الإيداعِ . قال : وهذا قَوِىٌّ . انتهى . وإذا تحرَّرَ هذا ، فيُقْرَعُ بينَهما ، فمَن قرَع صاحِبَه ، حلَف وأخذ . كما قال المُصَنِّفُ ، ونصَّ عليه فى أصْلِ المَسْأَلَةِ مِن وُجوهٍ كثيرةٍ . وإنْ نكَل المُودَعُ عنِ اليَمينِ ، فقال فى « المُجَرَّدِ » : يُقْضَى عليه بالنُّكولِ ، فيُلْزِمُه الحاكمُ بالإقْرارِ لأحَدِهما ، فإنْ أبَى ، فقِياسُ المذهبِ ، يُقْرَعُ بينَهما . ولم يَذْكُرْ غُرْمًا . وقال فى « التَّلْخيصِ » : يقْوَى عندِى أنَّ مِن جُمْلَةِ القَضايا لنُكولِ غُرْمِ القِيمَةِ ، فيَغْرَمُ القِيمَةَ . قال الحارِثِىُّ : وكذا قال غيرُه . وجزَم به فى « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . فعلى هذا ، يُؤْخَذُ بالقِيمَةِ مع العَيْنِ ، فيَقْتَرِعان عليهما[1] أو يتَّفِقان . هذه طَرِيقَةُ صاحبِ « المُحَرَّرِ » ، [2]وجماعةٍ ، وقدَّمها الحارِثِىُّ ، وقال : وفى كلامِ غيرِ صاحبِ « المُحَرَّرِ »[2] ما يقْتَضِى الاقْتِراعَ على العَيْنِ ، فمَن أخَذَها بالقِيمَةِ ، تعَيَّنَتِ القِيمَةُ للآخَرِ . قال : وهو أوْلَى ؛ لأنَّ كُلًّا منهما يسْتَحِقُّ ما يدَّعِيه فى هذه الحالَةِ ، أو بدَلَه عندَ التَّعذُّرِ ، والتَّعَذُّرُ لا يتَحقَّقُ بدونِ الأخْذِ ، فتَعَيَّنَ الاقْتِراعُ . انتهى . قال فى « التَّلْخيصِ » : وكذلك إذا قال : أعْلَمُ المُسْتَحِقَّ ، ولا أحْلِفُ . ويأْتِى الكلامُ بأتَمَّ مِن هذا ، فى بابِ الدَّعاوَى والبَيِّناتِ ، فى القِسْمِ الثَّالثِ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

فائدة : إذا قامَتِ البَيِّنَةُ بالعَيْنِ لأخْذِ القِيمَةِ ، سُلِّمَتْ إليه ، ورُدَّتِ القِيمَةُ إلى المُودَعِ ، ولا شئَ للقارِعِ .

---

(١) فى الأصل ، ا : « عليها » .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ أَوْدَعَهُ اثْنَانِ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، سَلَّمَهُ إِلَيْهِ. وَإِنْ غُصِبَتِ الْوَدِيعَةُ، فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٦١ – مسألة : (وإن أوْدَعَه اثْنان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فطَلَبَ أحَدُهما نَصِيبَه ، سَلَّمَه إليه) لأنَّ قِسْمَتَه مُمْكِنَةٌ بغيرِ غَبْنٍ ولا ضَرَرٍ . اخْتارَه أبو الخَطّابِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَجُوزُ فى غَيْبَةِ الشَّرِيكِ ، إلَّا أن يَحْكُمَ بها حاكِمٌ . قالَه القاضى .

٢٤٦٢ – مسألة : (وإن غُصِبَتِ الوَدِيعَةُ ، فهل للمُودِعِ المُطالَبَةُ بِهَا ؟ على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، له المُطالَبَةُ بها ؛ لأنَّه مَأْمُورٌ بحِفْظِها ، وذلك

الإنصاف

قوله : وإنْ أوْدَعَه اثْنان مَكِيلًا ، أو مَوْزُونًا ، فطلَب أحَدُهما نَصِيبَه ، سَلَّمَه إليه . مُرادُه ، إذا كان ينْقَسِمُ . وهو معْنَى قولِ بعضِ الأصحابِ : لا ينْقُصُ بتَفَرُّقِه . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ إلَّا بإذْنِ شَرِيكِه أو الحاكِمِ . اخْتارَه القاضى ، والنَّاظِمُ . وكذا الحُكْمُ لو كان الشَّرِيكُ حاضِرًا ، وامْتَنَعَ مِنَ المُطالَبَةِ بنَصِيبِه ، والإِذْنِ فى التَّسْليمِ إلى صاحبِه .

قوله : وإنْ غُصِبَتِ الوَدِيعَةُ ، فهل للمُودِعِ المُطالَبَةُ بها ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ أحدُهما ، له المُطالَبَةُ بها . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو

الشرح الكبير

مِن حِفْظِها . والثانى ، ليس له ذلك ؛ لأنَّه لم يُؤْمَرْ به . ولا ضَمانَ على المُودَعِ ، سواءٌ أُخِذَتْ مِن يَدِه قَهْرًا ، أو أُكْرِهَ على تَسْلِيمِها فَسَلَّمَها بنَفْسِه ؛ لأنَّ الإِكْراهَ عُذْرٌ له يُبِيحُ دَفْعَها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو أُخِذَتْ مِن يَدِه قَهْرًا . واللهُ سبحانه وتعالى أعلمُ .

الإنصاف

الخَطَّابِ فى « الهِدايةِ » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . والوَجْهُ الثَّانى ، ليس له ذلك . اخْتارَه القاضى . وصحَّحه فى « البُلْغَةِ » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « التَّلْخيصِ » . ومالَ إليه الحارِثِىُّ .

فوائد ؛ إحْداها ، حُكْمُ المُضارِبِ ، والمُرْتَهِنِ ، والمُسْتَأْجِرِ فى المُطالَبَةِ ، إذا غُصِبَ منهم ما بأَيْدِيهم ، حُكْمُ المُودَعِ . قالَه أكثرُ الأصحابِ ، وقدَّم فى « الخُلاصَةِ » أنَّه ليس له بالمُطالَبَةِ فى « الوَديعَةِ » . وجزَم بالجَوازِ فى المُرْتَهِنِ ، والمُسْتَأْجِرِ . ومالَ إليه الحارِثِىُّ . وقال المُصَنِّفُ فى المُضارِبِ : لا يلْزَمُه المُطالبَةُ مع حُضورِ رَبِّ المالِ . الثَّانيةُ ، لو أُكْرِهَ على دفْعِ الوَدِيعَةِ لغيرِ رَبِّها [٢/٢٢١ظ] ، لم يَضْمَنْ . قالَه الأصحابُ . ذكَرَه الحارِثِىُّ . قلتُ : منهم القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . قال المَجْدُ فى « شَرْحِه » : المذهبُ لا يضْمَنُ . انتهى . وفى « الفَتاوَى الرَّجَبِيَّاتِ » ، عن أبى الخَطَّابِ ، وابنِ عَقِيلٍ ، الضَّمانُ مُطْلَقًا ؛ لأنَّه افْتَدَى به ضَرَرَه(١) . وعن ابنِ الزَّاغُونِىِّ ، إنْ أُكْرِهَ على

(١) فى ط : « ضرورة » .

الإنصاف التَّسْلِيمِ بالتَّهْدِيدِ والوَعِيدِ ، فعليه الضَّمانُ ، ولا إثْمَ ، وإنْ نالَه العَذابُ ، فلا إثْمَ ، ولا ضَمانَ . (1 ذَكَرَه فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ والعِشْرين بعدَ المائةِ » . وإنْ صادَرَه السُّلْطانُ ، لم يَضْمَنْ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ 1) . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال أبو الوَفاءِ : يَضْمَنُ ، إنْ فرَّط . وإنْ أخَذَها منه قَهْرًا ، لم يَضْمَنْ عندَ أبى الخَطَّابِ . وقطَع به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » . وعندَ أبى الوَفاءِ ، إنْ ظنَّ أخْذَها منه بإقْرارِه ، كان دالًّا ، ويَضْمَنُ . وقال القاضى فى « الخِلافِ » ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » : يَضْمَنُ المالَ بالدَّلالَةِ . وهو المُودَعُ . وفى « فَتاوَى ابنِ الزَّاغُونِىِّ » ، مَن صادرَه سُلْطانٌ ، ونادَى بتَهْديدِ مَن عندَه وَدِيعَةٌ ، فلم يحْمِلْها ، إنْ لم يُعَيِّنْه ، أو عيَّنه وتهَدَّدَه ، و لم ينَلْه ، أثِمَ وضَمِنَ ، وإلَّا فلا . انتهى . قال الحارِثِىُّ : وإذا قيلَ : التَّوَعُّدُ ليس إكْراهًا . فتوَعَّدَه السُّلْطانُ حتى سلَّمَ ، فجوابُ أبى الخَطَّابِ ، وابنِ عَقِيلٍ ، وابنِ الزَّاغُونِىِّ ، وُجوبُ الضَّمانِ ، ولا إثْمَ . وفيه بَحْثٌ . وإذا قيلَ : إنَّه إكْراهٌ . فنادَى السُّلْطانُ ، مَن لم يحْمِلْ وَدِيعَةَ فُلانٍ ، عُمِل به كذا وكذا . فحمَلَها مِن غيرِ مُطالَبَةٍ ، أثِمَ وضَمِنَ . وبه أجابَ أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « فَتاوِيهما » . وإنْ آلَ الأَمْرُ إلى اليَمينِ ، ولابُدَّ ، حلَف مُتأَوِّلًا . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : له جَحْدُها . فعلى المذهبِ ، إنْ لم يحْلِفْ حتى أُخِذَتْ منه ، وجَب الضَّمانُ ؛ للتَّفْريطِ ، وإنْ حلَف و لم يتَأَوَّلْ ، أثِمَ . وفى وُجوبِ الكفَّارَةِ رِوايَتان . حَكاهما أبو الخَطَّابِ فى « الفَتاوَى » . قلتُ : الصَّوابُ وُجوبُ الكفَّارَةِ مع إمْكانِ التَّأْوِيلِ وقُدْرَته عليه ، وعِلْمِه بذلك ، و لم

(1 - 1) سقط من : الأصل .

الإنصاف

يَفْعَلْه . (1)ثم وجَدْتُه فى « الفُروعِ » ، فى بابِ جامعِ الأيمانِ ، قال : ويُكَفِّرُ على الأصحِّ(1) . وإنْ أُكْرِهَ على اليَمينِ بالطلاقِ ؟ فأجابَ أبو الخَطَّابِ ، بأنَّها لا تنْعَقِدُ ، كما لو أُكْرِهَ على إيقاعِ الطَّلاقِ . قال الحارِثِيُّ : وفيه بحثٌ ، وحاصِلُه ؛ إنْ كان الضَّرَرُ الحاصِلُ بالتَّغْريمِ كثيرًا يُوازِى الضَّرَرَ فى صُوَرِ الإكْراهِ ، فهو إكْراهٌ لا يقَعُ ، وإلَّا وقَع على المذهبِ . انتهى . (1)وعندَ ابنِ عَقِيلٍ ، لا يسْقُطُ لخَوفِه مِن وُقوعِ الطَّلاقِ ، بل يَضْمَنُ بدَفْعِها افْتِداءً عن يَمِينِه . وفى « فَتاوَى ابنِ الزَّاغُوانِيِّ » ، إنْ أَبَى اليَمِينَ بالطَّلاقِ ، أو غيرِه ، فصارَ ذَرِيعَةً إلى أخْذِها ، وكإقْرارِه طائِعًا ، وهو تفْرِيطٌ عندَ سُلْطانٍ جائرٍ . نقَلَه فى « الفُروعِ » ، فى جامعِ الأيمانِ(1) . الثَّالثةُ ، لو أخَّر ردَّ الوَدِيعَةِ بعدَ طَلَبِها بلا عُذْرٍ ، ضَمِنَ ، وبعُذْرٍ ، لا يَضْمَنُ ؛ كالخَوْفِ فى الطَّرِيقِ ، والعَجْزِ عن الحَمْلِ ، وعنِ الوُصولِ إليها ؛ لسَيْلٍ أو نارٍ ، ونحوِ ذلك . وفى معْنَى ذلك ؛ إتْمامُ المَكْتُوبةِ ، وقَضاءُ الحاجَةِ ، ومُلازَمَةُ الغَريمِ يُخافُ فَوْتُه ، ويُمْهَلُ لأكْلٍ ، ونَوْمٍ ، وهَضْمِ طَعامٍ ، والمطَرِ الكثيرِ ، والوَحْلِ الغَزيرِ ، أو لكَوْنِه فى حمَّامٍ حتى يخْرُجَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « المُغْنِى »(2) وغيرِه : إنْ قال : أمْهِلُونِى حتى آكُلَ ، فإنِّى جائعٌ . أو : أنامَ ، فإنِّى ناعِسٌ . أو : ينْهَضِمَ الطَّعامُ عنِّى ، فإنِّى مُمْتَلِئٌ . أُمْهِلَ بقَدْرِ ذلك . قال الحارِثِيُّ : وهو الصَّحيحُ . وقال : والظَّاهِرُ مِن كلامِ غيرِ واحدٍ ، منْعُ التَّأْخيرِ اعْتِبارًا بإمْكانِ الدَّفْعِ . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وقال فى « التَّرْغيبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : إنْ أخَّرَ لكَوْنِه فى حمَّامٍ ، أو على طَعامٍ إلى قَضاءِ

(1 - 1) سقط من : الأصل .
(2) المغنى 9/269 .

غرَضِه ، ضَمِنَ ، وإنْ لم يأْثَمْ ، على وَجْهٍ . واخْتارَه الأزَجِىُّ ، فقال : يجبُ الرَّدُّ بحَسَبِ العادَةِ ، إلَّا أنْ يكونَ تأْخِيرُه لعُذْرٍ ، ويكونَ سببًا للتَّلَفِ ، فلم أرَ نصًّا . ويقْوَى عندِى أنَّه يضْمَنُ ؛ لأنَّ التَّأْخِيرَ إنَّما جازَ بشَرْطِ سلامَةِ العاقِبَةِ . انتهى . الرَّابعةُ ، لو أمرَه بالرَّدِّ إلى وَكِيلِه فتمكَّنَ وأبَى ، ضَمِنَ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، ولو لم يَطْلُبْها وَكِيلُه . قالَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » . وقيل : لا يَضْمَنُ إلَّا إذا طلَبَها وَكِيلُه ، وأبَى الرَّدَّ . وإذا دفَعَها إلى الوَكِيلِ ، ولم يُشْهِدْ ، ثم جحَد الوَكِيلُ ، لم يَضْمَنْ بتَرْكِ الإشْهادِ ، (1)بخِلافِ الوَكِيلِ فى قَضاءِ الدَّيْنِ ، فإنَّه يَضْمَنُ بتَرْكِ الإشْهادِ(1) ؛ لأنَّ شأْنَ الوَدِيعَةِ الإخْفاءُ . قالَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وتقدَّم إذا ادَّعَى الإذْنَ فى دفْعِها إلى إنْسانٍ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ ، وهناك ما يتعَلَّقُ بهذا . الخامسةُ ، لو أخَّرَ دفْعَ مالٍ أُمِرَ بدَفْعِه بلا عُذْرٍ ، ضَمِنَ ، كما تقدَّم نَظِيرُه فى الوَدِيعَةِ . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقيل : لا يَضْمَنُ . واخْتارَه أبو المَعالِى ؛ بِناءً على اخْتِصاصِ الوُجوبِ بأمْرِ الشَّرْعِ . قلتُ : الأمْرُ المُجَرَّدُ عنِ القَرِينَةِ ، هل يَقْتَضِى الوُجوبَ ، أمْ لا ؟ فيه خَمْسَةَ عَشَرَ قوْلًا للعُلَماءِ ؛ مِن جُمْلَتِها ، أنَّ أمْرَ الشَّارِعِ للوُجوبِ دُونَ غيرِه ، كما اخْتارَه أبو المَعالِى . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه للوُجوبِ مُطْلَقًا . ذكَر الأقْوالَ ، ومَن قال بكُلِّ قوْلٍ فى « القَواعِدِ الأُصولِيَّةِ » ، فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والأرْبَعِين » . السَّادِسَةُ ، لو قال : خُذْ هذا وَدِيعَةً اليومَ لاغدًا ، وبعدَه يعودُ وَدِيعَةً . فقيل : لا تَصِحُّ الوَدِيعَةُ مِن أصْلِها . وقيل : تصِحُّ فى اليومِ الأوَّلِ دُونَ غيرِه . وقيل : تصِحُّ فى اليومِ الأوَّلِ ،

(1 - 1) سقط من : الأصل .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

وفى بعدِ الغَدِ . قال القاضى فى « التَّعْليقِ » : هى وَدِيعَةٌ على الدَّوامِ . ذكَرَه عنه الحارِثِىُّ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » . وإنْ [٢/٢٢٢و] أمَرَه برَدِّه فى غَدٍ ، وبعدَه يعُودُ وَدِيعَةً ، تعَيَّنَ رَدُّه . السَّابعةُ ، لو قال له : كلَّما خُنْتَ ، ثم عُدْتَ إلى الأمانةِ ، فأنْتَ أمِينٌ . صحَّ ؛ لصِحَّةِ تعْليقِ الإيداعِ على الشَّرْطِ ، كالوَكالَةِ . صرَّح به القاضى . قالَه فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والأرْبَعِين » .

المقنع

بَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

وَهِيَ الْأَرْضُ الدَّاثِرَةُ الَّتِي لَا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِكَتْ .

الشرح الكبير

بابُ إحْياءِ المَوَاتِ

(وهى الأرْضُ الدّاثِرَةُ التى لا يُعْلَمُ أنَّها مُلِكَتْ) المَواتُ : الأرْضُ الدّارِسَةُ . تُسَمَّى مَيْتَةً ومَواتًا ومَوَتَانًا ، بفَتْحِ المِيمِ والواوِ . والمُوتانُ : بضَمِّ المِيمِ وسُكُونِ الواوِ : المَوْتُ الذَّرِيعُ . ورجلٌ مَوْتانُ القَلْبِ ، بفَتْحِ المِيمِ وسُكُونِ الواوِ ، يَعْنِى أعْمَى القَلْبِ ، لا يَفْهَمُ . والأَصْلُ فى إحْياءِ المَواتِ ما رَوَى جابرٌ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ »[1] . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حديثٌ حسنٌ صَحِيحٌ . ورَوَى سعيدُ بنُ زيدٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ »[2] . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حديثٌ حَسَنٌ . ورَوَى مالِكٌ ،

الإنصاف

بابُ إحْياءِ المَواتِ

قوله : وهى الأرْضُ الدّاثِرَةُ التى لا يُعْلَمُ أنَّها مُلِكَتْ . قال أهْلُ اللُّغَةِ : المَواتُ مِنَ الأرْضِ ؛ هى التى لم تُسْتَخْرَجْ ولم تُعَمَّرْ . قال الحارِثِىُّ : وظاهِرُ إيرادِ

(١) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٣٩/٣ ، ١٤٠ . والترمذى ، فى : باب ماذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٩/٦ . والدارمى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة فهى له ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٨/٣ ، ٣٨١ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٢٩٩/١٣ .

الشرح الكبير

فى « مُوَطَّئِه » ، وأبو داودَ فى « سُنَنِه »[1] عن عائشةَ مِثْلَه . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : وهو مُسْنَدٌ صَحِيحٌ مُتَلَقًّى بالقَبُولِ عندَ فُقَهاءِ المَدِينَةِ وغيرِهم . وروَى أبو عُبَيْدٍ فى « الأَمْوالِ »[2] عن عائشةَ ، قالت : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » . قال عُرْوَةُ : وقَضَى بذلك عُمَرُ بنُ الخَطّابِ فى خِلافَتِه . وعامَّةُ فُقَهاءِ الأَمْصارِ على أنَّ المَواتَ يُمْلَكُ بالإِحْياءِ ، وإنِ اخْتَلَفُوا فى شُرُوطِه .

الإنصاف

المُصَنِّفِ ، تعْرِيفُ المَواتِ بمَجْموعِ أمْرَيْن ؛ الانْدِراسُ ، وانْتِفاءُ العِلْمِ ، تحْصِيلًا للمَعْنَى المُتَقَدِّمِ عن أهْلِ اللُّغَةِ ؛ أنَّه الذى لم يُسْتَخْرَجْ ، ولم يُعَمَّرْ . وعليه نصَّ أحمدُ ، وذكَرَه . قال : ولو اقْتَصَر المُصَنِّفُ على ما قالُوا ، لكانَ أوْلَى وأبْيَنَ ، فإنَّ الدُّثورَ يقْتَضِى حُدوثَ العُطْلِ بعدَ أنْ لم يكُنْ ؛ حيثُ قالوا : قَدُمَ ودرَسَ . وذلك يسْتَلْزِمُ تقَدُّمَ عِمارَةٍ ، وهو مُنافٍ لانْتِفاءِ العِلْمِ بالمِلْكِ . قال : ويَحْتَمِلُ أنْ يُرِيدَ بالدَّاثِرَةِ ، التى لم تُسْتَخْرَجْ ، ولم تُعَمَّرْ . وهو الأَظْهَرُ مِن إيرادِه ؛ لقَوْلِه بعدَه : فإنْ كان فيها آثارُ المِلْكِ . فعلى هذا يكونُ وَصْفُ انْتِفاءِ العِلْمِ بالمِلْكِ تعْرِيفًا لِما يُمْلَكُ بالإِحْياءِ مِنَ المَواتِ ، لا لماهِيَّةِ المواتِ . وذلك حُكْمٌ مِنَ الأَحْكامِ . ثم ما يُمْلَكُ بالإِحْياءِ ، لا يكْفِى فيه ما قالَ ، فإنَّ حَرِيمَ العامِرِ ، وما كان حِمًى أو مُصَلًّى ، لا يُمْلَكُ ، مع أنَّه غيرُ مَمْلُوكٍ . ويرِدُ أيضًا على ما قال ، ما عُلِمَ مِلْكُه لغيرِ

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الخراج والإمارة والفىء . سنن أبى داود ٢/١٥٨ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى عمارة الموات ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٤٣ .

(٢) فى : باب إحياء الأرضين واحتجارها ... ، الأموال ٢٨٦ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٤٠/٣ .

المقنع

فَإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ الْمِلْكِ وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٦٣ – مسألة : (فإن كان فيها آثارُ المِلْكِ ولا يُعْلَمُ لها مالِكٌ ، ففيه رِوايَتانِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ المَواتَ قِسْمان ؛ أحَدُهما ، ما لم يَجْرِ عليه مِلْكٌ لأحَدٍ ولم يُوجَدْ فيه أثَرُ عِمارَةٍ ، فهذا يُمْلَكُ بالإِحْياءِ ، بغيرِ خِلافٍ بينَ القائِلِين بالإِحْياءِ ؛ لأنَّ الأخْبارَ المَرْوِيَّةَ مُتناوِلَةٌ له . القِسْمُ الثانِي ، ما جَرَى عليه مِلْكٌ ، وهو ثَلاثةُ أنْواعٍ ؛ أحَدُها ، ما له مالِكٌ مُعَيَّنٌ ، وهو ضَرْبان ؛ أحَدُهما ، ما مُلِك بشِراءٍ أو عَطِيَّةٍ ، فهذا لا يُمْلَكُ بالإِحْياءِ ، بغيرِ خِلافٍ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعَ العُلَماءُ أنَّ ما عُرِف بمِلْكِ مالِكٍ غيرِ مُنْقَطِعٍ ، أنَّه لا يَجُوزُ إحياؤُه لأحَدٍ غيرِ أرْبابِه . الثانِي ، ما مُلِك بالإِحْياءِ ثم تُرِك حتى دَثَر وعاد مَواتًا ، فهو كالذى قبلَه سَواءً .

الإنصاف

مَعْصُومٍ ، فإنَّه جائزُ الإِحْياءِ . قال : والأَضْبَطُ فى هذا ما قيلَ : الأَرْضُ المُنْفَكَّةُ عن الاخْتِصاصاتِ ، ومِلْكِ المَعْصومِ . فيَدْخُلُ كلُّ ما يُمْلَكُ بالإِحْياءِ . ويَخْرُجُ كلُّ ما لا يُمْلَكُ به . انتهى .

قوله : فإنْ كان فيها آثارُ المِلْكِ ، ولا يُعْلَمُ لها مالِكٌ ، فعلى رِوايتَيْن . إنْ كان المَواتُ لم يَجْرِ عليه مِلْكٌ لأحَدٍ ، و لم يُوجَدْ فيه أثَرُ عِمارَةٍ ، مُلِكَ بالإِحْياءِ ، بلا خِلافٍ ، ونصَّ عليه مِرارًا . وإنْ عُلِمَ له مالِكٌ بشِراءٍ أو عَطِيَّةٍ ، والمالِكُ مَوْجودٌ ، هو أو أحَدٌ مِن ورَثَتِه ، لم يُمْلَكْ بالإِحْياءِ ، بلا خِلافٍ ، بل هو إجْماعٌ . حَكاه ابنُ عبدِ البَرِّ وغيرُه . وإنْ كان قد مُلِكَ بالإِحْياءِ ، ثم تُرِكَ حتى دَثَر وعادَ مَواتًا ، فهذا أيضًا لا يُمْلَكُ بالإِحْياءِ كذلك ، إذا كان لمَعْصُومٍ . وإنْ عُلِمَ مِلْكُه لمُعَيَّنٍ غيرِ مَعْصومٍ ، فإذا أحْياه بدارِ الحَرْبِ وانْدَرَسَ ، كان كمَواتٍ أصْلِيٍّ ، يمْلِكُه المُسْلِمُ بالإِحْياءِ . قالَه فى « المُحَرَّرِ » . وقدَّمه الحارِثِيُّ . وقال القاضى ، وابنُ

الشرح الكبير

وقال مالكٌ: تُمْلَكُ؛ لعُمُومِ قَوْلِه: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ». ولأنَّ أَصْلَ هذه الأَرْضِ مُباحٌ، فإذا تُرِكَتْ حتى تَصِيرَ مَواتًا، عادَتْ إلى الإِباحَةِ، كمَن أَخَذَ ماءً مِن نَهْرٍ ثم رَدَّه فيه. ولَنا، أنَّ هذه أرْضٌ يُعْرَفُ مالِكُها، فلم تُمْلَكْ بالإِحْياءِ، كالتى مُلِكَتْ بشِراءٍ أو عَطِيَّةٍ، والخَبَرُ مُقَيَّدٌ بغيرِ المَمْلُوكِ، بقَوْلِه فى الرِّوايَةِ الأُخْرَى: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً لَيْسَتْ لأَحَدٍ». وقَوْلِه: «مِنْ غيرِ حَقِّ مُسْلِمٍ»(1). وهذا يُوجِبُ تَقْييدَ مُطْلَقِ حَدِيثِه. وقال هِشامُ بنُ عُرْوَةَ، فى تَفْسِيرِ قَوْلِه عليه السّلامُ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ [160/5ظ] حَقٌّ»: والعِرْقُ الظّالِمُ أن يَأْتِيَ الرجلُ الأَرْضَ المَيْتَةَ لغيرِه، فيَغْرِسَ فيها. رَواه سعيدُ بنُ مَنْصُورٍ فى «سُنَنِه». ثم الحديثُ مَخْصُوصٌ بما مُلِك بشِراءٍ أو عَطِيَّةٍ، فنَقِيسُ عليه مَحَلَّ النِّزاعِ. ولأنَّ سائِرَ الأمْوالِ لا يَزُولُ المِلْكُ عنها بالتَّرْكِ، بدَلِيلِ سائِرِ الأَمْلاكِ إذا تُرِكَتْ حتى

الإنصاف

عَقِيلٍ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ: لا يُمْلَكُ بالإحْياءِ. قال الحارِثِىُّ: ويقْتَضِيه مُطْلَقُ نُصوصِه. وإنْ كان لا يُعْلَمُ له مالِكٌ، فهو أرْبعَةُ أَقْسامٍ؛ أحدُها، ما أثَرُ المِلْكِ فيه غيرُ جاهِلِىٍّ كالقُرَى الخَرِبَةِ، التى ذهَبَتْ أنْهارُها، ودرَسَتْ آثارُها، وقد شَمِلَها كلامُ المُصَنِّفِ، ففى مِلْكِها بالإحْياءِ رِوايَتان، وأطْلَقَهما الحارِثِىُّ وغيرُه؛ إحْداهما، لا تُمْلَكُ بالإحْياءِ. والرِّوايةُ الثَّانيةُ، تُمْلَكُ بالإحْياءِ. وصحَّحه فى «الحاوِى الصَّغِيرِ»، و «الفائقِ»، و «النَّظْمِ»، وأطْلَقُوا. والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ التَّفْرِقَةُ بينَ دارِ الحَرْبِ والإسْلامِ، كما يأْتِى قريبًا.

---

(1) انظر تخريج البخارى السابق فى صفحة 76.

الشرح الكبير

تَشعَّثَتْ . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالمَواتِ إذا أحْياه إنسانٌ ثم باعَه ، فتَرَكَه المُشْتَرِى حتى عاد مَواتًا ، وباللُّقَطَةِ إذا مَلَكَها ثم ضاعَتْ منه ، ويُخالِفُ ماءَ النَّهرِ ، فإنَّه اسْتُهْلِكَ . النَّوْعُ الثانى ، ما يُوجَدُ فيه آثارُ مِلْكٍ قَدِيمٍ جاهِلِىٍّ ، كآثارِ الرُّومِ ومَساكِنِ ثَمُودَ ونحوِهم ، فهذا يُمْلَكُ بالإِحْياءِ ، فى أظْهَرِ الرِّوايَتَيْن ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الأحاديثِ ، ولأنَّ ذلك المِلْكَ لا حُرْمَةَ له ؛ لِما رَوَى طاوُسٌ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « عَادِىُّ الأَرْضِ لِلّٰهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هِىَ لَكُمْ بَعْدُ » . رَواه سعيدٌ فى « سُنَنِه » ، وأبو عُبَيْدٍ فى « الأمْوالِ »[1] . وقال : عادِىُّ الأرْضِ ؛ التى كان بها ساكِنٌ فى آبادِ الدَّهْرِ ، فانْقَرَضُوا ، فلم يَبْقَ منهم أنِيسٌ ، وإنَّما نَسَبَها إلى عادٍ ؛ لأنَّهم كانُوا مع تَقَدُّمِهم ذوى قُوَّةٍ وبَطْشٍ وآثارٍ كَثِيرةٍ ، فنُسِبَ كلُّ أثَرٍ قَدِيمٍ إليهم . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، لا تُمْلَكُ ؛ لأنَّها إمّا لمُسْلِمٍ أو ذِمِّىٍّ أو بَيْتِ المالِ ، أشْبَهَ

الإنصاف

تنبيه : لفْظُ المُصَنِّفِ وغيرِه ، يقْتَضِى تعْمِيمَ الخِلافِ فى المُنْدَرِسِ بدارِ الإسْلامِ وبدارِ الحَرْبِ ، وقد صرَّح به فى كلٍّ منهما ؛ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والقاضى أبو الحُسَيْنِ ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . قال الحارِثِىُّ : وبالجُمْلَةِ ، فالصَّحيحُ المَنْعُ فى دارِ الإسْلامِ . وكذا قال الأصحابُ . بخِلافِ دارِ الحَرْبِ ، فإنَّ الأصحَّ فيه الجَوازُ . ولم يذْكُرِ ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » سِواه . قال فى « الرِّعايتَيْن » : وتُمْلَكُ بالإحْياءِ ، على

---

(١) أخرجه أبو عبيد ، فى : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين فى إقطاعها ... ، الأموال ٢٧٢ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب لا يترك ذمى يحييه ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ٦/١٤٣ .

الشرح الكبير

ما لو تَعَيَّنَ مالِكُه . قال شيخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أنَّ كلَّ ما فيه أثَرُ المِلْكِ و لم يُعْلَمْ زَوالُه قبلَ الإسْلامِ أنّه لا يُمْلَكُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّ المسلمين أخَذُوه عامِرًا فاسْتَحَقُّوه ، فصار مَوْقُوفًا بوقْفِ عُمَرَ له ، فلم يُمْلَكْ ، كما لو عُلِمَ مالِكُه . النَّوْعُ الثالثُ ، ما جَرَى عليه المِلكُ فى الإسْلامِ لمُسْلِمٍ أو ذِمِّىٍّ غيرِ مُعَيَّنٍ ، فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه لا يُمْلَكُ بالإحْياءِ . وهو إحْدَى الرِّوايَتَيْن عن أحمدَ ، نَقَلَها عنه أبو داودَ ، وأبو الحارثِ ؛ لِما رَوَى كَثِيرُ ابنُ عبدِ اللهِ بنِ عَوْفٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَوَاتًا فِى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِىَ لَهُ »[2] .

الإنصاف

الأصحِّ ، قَرِيَةٌ خَرابٌ ، لم يمْلِكْها معْصومٌ . وإذا قيلَ بالمَنْعِ فى دارِ الإسْلامِ ، كان للإمامِ إقْطاعُه . قالَه الأصحابُ ؛ القاضى فى « الأحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . القِسْمُ الثَّانى ، ما أثَرُ المِلْكِ فيه جاهِلِىٌّ قديمٌ ؛ كدِيارِ عادٍ ، ومَساكِنِ ثَمودَ ، وآثارِ الرُّومِ ، وقد شَمِلَها أيضًا كلامُ المُصَنِّفِ ، وكذا كلامُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، وغيرِهم مِنَ الأصحابِ . ولم يذْكُرِ القاضى فى « الأحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » خلافًا فى جَوازِ إحْيائِه ، وكذلك المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وهى طَريقَةُ صاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما . قال الحارِثِىُّ : وهو الحقُّ ، والصَّحيحُ

---

(١) فى : المغنى ٨/١٤٧ .

(٢) انظر ما تقدم فى صفحة ٧٦ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ٦/١٤٢ .

الشرح الكبير

فقيَّدَه بكَوْنِه فى غيرِ حَقٍّ مُسْلِمٍ . ولأنَّ هذه الأرْضَ لها مالِكٌ ، فلم يَجُزْ إحْياؤُها ، كما لو كان مُعَيَّنًا ، فإنَّ مالِكَها [١٦١/٥و] إن كان له وَرَثَةٌ ، فهى لهم ، وإن لم يَكُنْ له وَرَثَةٌ ، وَرِثَه المسلمون . والثانيةُ ، أنَّها تُمْلَكُ بالإحْياءِ . نَقَلَها صالِحٌ وغيرُه . وهى مَذْهَبُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ؛ لعُمُومِ الأخْبارِ ، ولأنَّها أرْضٌ مَواتٌ لا حَقَّ فيها لقَوْمٍ بأعْيانِهم ، أشْبَهَتْ ما لم يَجْرِ عليه مِلْكُ مالِكٍ ، ولأنَّها إن كانت فى دارِ الإسْلامِ ، فهى كلُقَطَةِ دارِ الإسْلامِ ، وإن كانت فى دارِ الكُفْرِ ، فهى كالرِّكازِ .

الإنصاف

مِنَ المذهبِ ؛ فإنَّ أحمدَ وأصحابَه لايخْتَلِفُ قوْلُهم فى البِئْرِ العادِيَةِ ، وهو نصٌّ منه فى خُصوصِ النَّوْعِ . وصحَّح المِلْكَ فيه بالإحْياءِ صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « التَّصْحيحِ » ، وغيرُهم .
القِسْمُ الثَّالثُ ، مالا أثرَ فيه ، جاهِلِيٌّ قريبٌ ، وقد شَمِلَه كلامُ المُصَنِّفِ ، والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يُمْلَكُ بالإحْياءِ . قالَه الحارِثِيُّ وغيرُه . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا يُمْلَكُ .
القِسْمُ الرَّابعُ ، ما تردَّدَ فى جَرَيانِ المِلْكِ عليه ، وفيه رِوايَتان ، ذكَرَهما ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، والسَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . وقالوا : الأصحُّ الجَوازُ . والرِّوايةُ [٢٢٢/٢ظ] الثانيةُ ، عدَمُ الجَوازِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو مَلَكَها مَن له حُرْمَةٌ ، أو مَن يُشَكُّ فيه ولم يُعْلَمْ ، لم يَمْلِكْ بالإحْياءِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّها فَىْءٌ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو المَشْهورُ عنه ، وهو مُقْتَضَى كلامِ الخِرَقِىِّ ، واخْتِيارُ أبى بَكْرٍ ، والقاضى ، وعامَّةِ أصْحابِه ؛ كالشَّريفِ ، وأبى الخَطَّابِ ، والشِّيرازِىِّ . انتهى . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، تُمْلَكُ بالإحْياءِ .

المقنع وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ،فِى دَارِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا .

الشرح الكبير **٢٤٦٤** – مسألة : (ومَنْ أحيا أرْضًا مَيْتَةً فهى له) للأخْبارِ التى رَوَيْناها (مُسْلِمًا كان أو كافِرًا ، فى دارِ الإسْلامِ وغيرِها) لعُمُومِ الأخْبارِ ، ولأنَّ عامِرَ دارِ الحَرْبِ إنَّما يُمْلَكُ بالقَهْرِ والغَلَبةِ ، كسائِرِ أمْوالِهم . فأمّا ما عُرِف أنَّه كان مَمْلُوكًا فى دارِ الحَرْبِ ، و لم يُعْلَمْ له مالِكٌ مُعَيَّنٌ ، فهو على الرِّوايَتَيْن . فإن قِيلَ : هذا مِلْكُ كافِرٍ غيرُ مُحْتَرَمٍ ، فأشْبَهَ دِيارَ عادٍ ،وقد دَلَّ عليه قَوْلُه عليه السَّلامُ : « عَادِىُّ الأَرْضِ لِلّٰهِ وَلِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هِىَ لَكُمْ بَعْدُ » . ولأنَّ الرِّكازَ مِن أمْوالِهم ، وَيَمْلِكُه واجِدُه ، فهذا

الإنصاف

قال فى « الفائقِ » : ملَكَ فى أظْهَرِ الرِّواياتِ . وعنه ، تُمْلَكُ مع الشَّكِّ فى سابقِ العِصْمَةِ . اخْتارَه جماعَةٌ . قالَه فى « الفُروعِ » ، منهم ؛ صاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وأطْلَقهُنَّ فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . الثَّانيةُ ، لو عُلِم مالِكُها ، ولكِنَّه ماتَ و لم يُعْقِبْ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها لا تُمْلَكُ بالإحْياءِ . (١وعنه ، تُمْلَكُ بالإحْياءِ١) . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . فعلى المذهبِ ، للإمامِ إقْطاعُه مَن شاءَ .

قوله : ومَن أحيا أرْضًا مَيْتَةً ، فهى له ، مُسْلِمًا كان أو كافِرًا ، بإذْنِ الإمامِ أو غيرِ إذْنِه ، فى دارِ الإسْلامِ وغيرِها ، إلَّا ما أحْياه مُسْلِمٌ فى أرْضِ الكُفَّارِ التى صُولِحُوا عليها ، وما قَرُبَ مِنَ العامِرِ ، وتَعَلَّقَ بمَصالِحِه ، لم يُمْلَكْ بالإحْياء . ذكَر المُصَنِّفُ هنا مَسائلَ ؛ إحْداها ، ما أحْياه المُسْلِمُ مِنَ الأرْضِ المَيْتَةِ ، فلا خِلافَ فى أنَّه يَمْلِكُه

(١ – ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

أَوْلَى . قُلْنا : قَوْلُه : « عَادِىُّ الأرْضِ » . يَعْنِى ما تَقَدَّمَ مِلْكُه ومَضَتْ عليه الأزْمانُ ، وما كان كذلك فلا حُكْمَ لمالِكِه . فأمّا ما قَرُب مِلْكُه ، فيَحْتَمِلُ أنَّ له مالِكًا باقِيًا وإن لم يَتعَيَّنْ ، فلهذا قُلْنا : لا يُمْلَكُ على إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وأمّا الرِّكازُ ، فإنَّه يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ ، وهذا يُخالِفُ الأرْضَ ، بدَلِيلِ أنَّ لُقَطَةَ دارِ الإسْلامِ تُمْلَكُ بعدَ التَّعْرِيفِ ، بخِلافِ الأرْضِ

الإنصاف

بشُروطِه الآتيةِ . الثَّانيةُ ، ما أحْياه الكُفَّارُ ، وهم صِنْفان ؛ صِنفٌ أهْلُ ذِمَّةٍ ، فيَمْلِكُون ما أحْيَوْه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحَه فى « الخُلاصَةِ » وغيرِها . قال الزَّرْكَشِيُّ : هو المَنْصوصُ ، وعليه الجُمهورُ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِيِّ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يَمْلِكُه . وهو ظاهِرُ قولِ ابنِ حامِدٍ ، لكِنْ حَمَل أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، ومَن تَبِعَه ، ذلك على دارِ الإسْلامِ . قال الحارِثِيُّ : وذَهَب فريقٌ مِنَ الأصحابِ إلى المَنْعِ ، منهم ابنُ حامِدٍ ، (١)أخْذًا مِن امْتِناعِ شُفْعَتِه على المُسْلِمِ ، ورُدَّ ، وفرَّقَ الأصحابُ بينَهما . وقيل : لايَمْلِكُه بالإحْياءِ فى دارِ الإسْلامِ . قال القاضى : هو مذهبُ جماعَةٍ مِنَ الأصحابِ ، منهم ابنُ حامِدٍ(١) . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : يَمْلِكُه الذِّمِّيُّ فى دارِ الشِّرْكِ ، وفى دارِ الإسْلامِ وَجْهان . فعلى المذهبِ المَنْصوصِ ، إنْ أحْيا عَنْوةً ، لَزِمَه عنه الخَراجُ ، وإنْ أحْيا غيرَه ، فلا شيءَ عليه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : ولا فَرْقَ بينَ المُسْلِمِ والذِّمِّيِّ فى الإِحْياءِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال مالِكٌ : لا يَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بالإِحْياءِ فى دارِ الإِسْلامِ . قال القاضى : وهو مَذْهَبُ جماعَةٍ مِن أصحابِنا ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « مَوَتَانُ الأَرْضِ لِلّٰهِ ولِرَسُولِهِ ، ثُمَّ هِىَ لَكُمْ مِنِّى »[1] . فجَمَعَ المَوَتانَ ، ثم جَعَلَه للمسلمين . ولأنَّ مَوَتانَ الأرْضِ مِن حُقُوقِها ، والدّارَ للمسلمين ، فكان مَواتُها لهم ، كمَرافِقِ المَمْلُوكِ . ولَنا ، عُمُومُ قَوْلِه عليه السَّلامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ »[2] . ولأنَّ هذه جِهَةٌ مِن جِهاتِ التَّمليكِ ، فاشْتَرَكَ فيها المُسْلِمُ والذِّمِّيُّ ، كسائرِ جِهاتِه . وحديثُهُم لا

الإنصاف

أشْهَرُ الرِّوايتَيْن . وعنه ، عليه عُشْرُ ثَمَرِه وزَرْعِه . والصِّنْفُ الثَّانى ، أهْلُ حَرْبٍ ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّهم كأَهْلِ الذِّمَّةِ فى ذلك . وهو ظاهِرُ كلامِ جماعَةٍ ، مِنهم صاحِبُ « الوَجيزِ » ، وهو أحدُ الوَجْهَيْن . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يَمْلِكُه بالإِحْياءِ ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قلتُ[3] : ويُمْكِنُ حَمْلُ كلامِ مَن أطْلَقَ على أهْلِ الذِّمَّةِ ، وأنَّ الأَلِفَ واللَّامَ للعَهْدِ ؛ لأنَّ الأحْكامَ جارِيَةٌ عليهم . لكِنْ يرِدُ على ذلك ، كَوْنُ المَسْأَلَةِ ذاتَ خِلافٍ ، فيكونُ الظَّاهِرُ مُوافِقًا لأَحَدِ القَوْلَيْن . ويَرُدُّه كَوْنُ المُصَنِّفِ لم يَحْكِ فى كُتُبِه خِلافًا . قال الحارِثِىُّ : والكافِرُ ، على إطْلاقِه ، صحيحٌ فى أراضِى الكُفَّارِ ؛ لعُمومِ الأدِلَّةِ . وهذا

(1) انظر تخريج حديث : « عادئ الأرض لله ولرسوله » . صفحة ٧٩ .
(2) انظر ما تقدم تخريجه فى صفحة٧٥ .
(3) سقط من : ط .

الشرح الكبير

نَعْرِفُه ، إنَّما نَعْرِفُ قَوْلَه : « عَادِيُّ الأَرْضِ لِلّٰهِ [٥/١٦١ظ] وَرَسُولِه ثُمَّ هِيَ لَكُمْ بَعْدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الأَرْضِ فَلَهُ رَقَبَتُها » . هكذا رَواه(١) سعيدُ ابنُ مَنْصُورٍ ، وهو مُرْسَلٌ ، رَواه طاوُسٌ ، عن النبيِّ ﷺ . ثم لا يَمْتَنِعُ أن يُرِيدَ بقَوْلِه : « هِيَ لَكُمْ » . أى لأَهْلِ دارِ الإسْلامِ . والذِّمِّيُّ مِن أَهْلِ

الإنصاف

الصَّوابُ . الثَّالثةُ ، إنْ كان الإحْياءُ بإذْنِ الإمامِ ، فلا خِلافَ أنَّه يَمْلِكُه بذلك ، وإنْ كان بغيرِ إذْنِه ، ملَكَه أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . كما جزَم به المُصَنِّفُ هنا ، فلا يُشْتَرطُ إذْنُه فى ذلك ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : عليه الأصحابُ . ونصَّ عليه ، وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه ، وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يَمْلِكُه إلَّا بإذْنِه . وهو وَجْهٌ فى « المُبْهِجِ » ، وروايَةٌ فى « الإقْناعِ » ، و « الواضِحِ » . الرَّابعةُ ، ما أحْياه المُسْلِمُ مِن أرْضِ الكُفَّارِ التى صُولِحُوا عليها على أنَّها لهم ، فهذه لا تُمْلَكُ بالإحْياءِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما قطَع به المُصَنِّفُ هنا ، وعليه الأصحابُ . وفيه احْتِمالٌ ، أنَّها تُمْلَكُ بالإحْياءِ كغيرِها . الخامسةُ ، ما قَرُبَ مِنَ العامِرِ ، وتعَلَّقَ بمَصالحِه ، كطُرُقِه وفِنائِه ، ومَسِيلِ مائِه ، ومَطْرَحِ قِمامَتِه ، ومَلْقَى تُرابِه ، وآلاتِه ، ومَرْعاه ، ومُحْتَطَبِه ، وحَريمِ البِئْرِ والنَّهْرِ ، ومُرْتَكَضِ الخَيْلِ ، ومَدْفَنِ الأمْواتِ ، ومُناخِ الإبِلِ ، ونحوِها ، فهذا لا يُمْلَكُ بالإحْياءِ . وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه مِن روايةِ غيرِ واحدٍ ، ولا يُقْطِعُه الإمامُ ؛ لتعَلُّقِ حقِّه به . وقيل : لمِلْكِه له .

تنبيه : ظاهِرُ قَوْلِ المُصَنِّفِ : فى دارِ الإسْلامِ وغيرِها . أنَّ مَواتَ أرْضِ العَنْوَةِ كغيرِه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » . وقدَّمه فى

(١) فى م : « روى » .

الشرح الكبير

الدّارِ ، تَجْرِى عليه أحْكامُها . وقَوْلُهم : إنَّها مِن حُقُوقِ دارِ الإسْلامِ . قُلْنا : هو مِن أهْلِ الدّارِ ، فيَمْلِكُها كما يَمْلِكُها بالشِّراءِ ، ولأنَّه يَمْلِكُ مُباحاتِها مِن الحَشِيشِ والحَطَبِ والصُّيُودِ والرِّكازِ والمَعْدِنِ واللُّقَطَةِ ، وهى مِن مَرافِقِ دارِ الإسْلامِ ، فكذلك المَواتُ .

الإنصاف

« المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ »[1] ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال الحارِثِىُّ : وهو أقْوَى . وعنه ، لا تُمْلَكُ بالإحْياءِ ، لكِنْ تُقَرُّ بيَدِه بخَراجِه[2] ، كما لو أحْياه[3] ذِمِّىٌّ . قال الحارِثِىُّ : وهو المذهبُ عندَ ابنِ أبِى مُوسى ، وأبِى الفَرَجِ الشِّيرازِىِّ . قال أبو بَكْرٍ فى « زادِ المُسافِرِ » : وبه أقولُ . انتهى . وعنه ، إنْ أحْياه مُسْلِمٌ ، فعليه عُشْرُ ثَمَرِه وزَرْعِه . وعنه ، على ذِمِّىٍّ أحْيَا غيرَ عَنْوَةٍ عُشْرُ ثَمَرِهِ وزَرْعِه . وقيل : لامَواتَ فى أرْضِ السَّوادِ . وحمَلَه القاضى على عامِرِه . [٢٢٣/٢و] قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : لامَواتَ فى عامِرِ السَّوادِ . وقيل : ولا غامِرِه .

فائدة : هل يَمْلِكُ المُسْلِمُ مَواتَ الحَرَمِ وعَرَفاتٍ بإحْيائِه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخِيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : الأَوْلَى أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك بالإحْياءِ ، ثم وَجَدْتُ الحارِثِىَّ قال : هذا الحَقُّ .

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى ا : « بخراجها » .
(٣) فى ا : « أحياها » .

المقنع

بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ إِلَّا مَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ أَرْضِ الْكُفَّارِ الَّتِى صُولِحُوا عَلَيْهَا .

الشرح الكبير

٢٤٦٥ – مسألة : ويَمْلِكُه (بإذْنِ الإمَامِ وغيرِ إذْنِه) وجملةُ ذلك ، أنَّ إحْياءَ المَواتِ لا يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ الإمامِ . وبهذا قال الشافعىُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَفْتَقِرُ إلى إذْنِه ؛ لأنَّ للإمامِ مَدْخَلًا فى النَّظَرِ فى ذلك ، بدَلِيلِ مَن تَحجَّرَ مَواتًا فلم يُحْيِه ، فإنَّه يُطالِبُه بالإحْياءِ أو التَّرْكِ ، فافْتَقَرَ إلى إذْنِه ، كمالِ بَيْتِ المالِ . ولَنا ، عُمُومُ قَوْلِه عليه السّلامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ » . ولأنَّ هذه عَيْنٌ مُباحَةٌ ، فلا يَفْتَقِرُ تَمَلُّكُها إلى إذْنِ الإمامِ ، كأخْذِ الحَشِيشِ والحَطَبِ ، ونَظَرُ الإمامِ فى ذلك لا يَدُلُّ على اعْتِبارِ إذْنِه ، ألا تَرَى أنَّ مَن وَقَف فى مَشْرَعةٍ ، طالَبَه الإمامُ أن يأْخُذَ حاجَتَه ويَنْصَرِفَ ، ولم يَفْتَقِرْ ذلك إلى إذْنِه . وأمّا مالُ بَيْتِ المالِ فهو مَمْلُوكٌ للمسلمين ، وللإمامِ تَعْيِينُ مَصارِفِه وتَرْتِيبُها ، فافْتَقَرَ إلى إذْنِه ، بخِلافِ مسألَتِنا ، فإنَّ هذا مُباحٌ ، فمَن سَبَق إليه كان أَحَقَّ النّاسِ به ، كسائِرِ المُباحاتِ .

٢٤٦٦ – مسألة : (إلَّا ما أحْياه مُسْلِمٌ مِن أرْضِ الكُفّارِ التى صُولِحُوا عليها) وجملةُ ذلك ، أنَّ جَمِيعَ البلادِ فيما ذَكَرْنا سَواءٌ ، المَفْتُوحُ عَنْوَةً ؛ كأرْضِ الشّامِ والعِراقِ ، وما أسْلَمَ أهْلُه عليه كالمَدِينَةِ ، وما صُولِحَ أهْلُه على أنَّ الأرْضَ للمسلمين ؛ كأرْضِ خَيْبَرَ ، إلَّا الذى صُولِحَ أهْلُه على أنَّ الأرْضَ لهم ولَنا الخَراجَ عنها ، فإنَّ أصْحابَنا قالوا : لو دَخَل

الإنصاف ....

المقنع

وَمَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِرِ وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ ، لَمْ يُمْلَكْ بِالْإِحْيَاءِ . وَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

إليها مُسْلِمٌ فأحْيا فيها مَوَاتًا لم يَمْلِكْه ؛ لأنَّهم صُولِحُوا فى بِلادِهم ، فلا يَجُوزُ التَّعرُّضُ لشىءٍ منها ، عامِرًا كان أو مَوَاتًا ؛ [٥/١٦٢و] لأنَّ المَوَاتَ تابعٌ للبَلَدِ ، فإذا لم يَمْلِكْ عليهم البَلَدَ لم يَمْلِكْ مَوَاتَه . ويُفارِقُ دارَ الحَرْبِ ، حيث يَمْلِكُ مَواتَها ؛ لأنَّ دارَ الحَرْبِ على أصْلِ الإِباحَةِ ، وهذه صالَحْناهم على تَرْكِها لهم . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَها مَن أحْياها ؛ لعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّها مِن مُباحَاتِ دارِهم ، فجاز أن يَمْلِكَها مَن وُجِد منه سَبَبُ تَمَلُّكِها ، كالحَشِيشِ والحَطَبِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه ليس فى السَّوادِ مَواتٌ . يَعْنِى سَوادَ العِراقِ . قال القاضى : هو مَحْمُولٌ على العامِرِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ قال ذلك لكونِ السَّوادِ كان مَعْمُورًا كلُّه فى زَمَنِ عُمَرَ ابنِ الخَطّابِ، حينَ أخَذَه المسلمون مِن الكُفّارِ ، حتى بَلَغَنا أنَّ رَجُلًا منهم[1] سَأل أن يُعْطَى خَرِبَةً ، فلم يَجِدُوا له خَرِبةً فقال : إنَّما[1] أرَدْتُ أن أُعْلِمَكم كيف أخَذْتُمُوها مِنّا . وإذا لم يكنْ فيها مَواتٌ حينَ مَلَكَها المسلمون ، لم يَصِرْ فيها مَواتٌ بعدَه ؛ لأنَّ ما دَثَر مِن أمْلاكِ المسلمين لم يَصِرْ مَواتًا ، على إحْدَى الرِّوايَتَيْن .

٢٤٦٧ – مسألة : (وما قَرُب مِن العامِرِ وتَعَلَّقَ بمَصالِحِه ، لا يُمْلَكُ بالإِحْياءِ . فإن لم يتَعَلَّقْ بمَصالِحه ، فعلى رِوَايَتَيْنِ) كلُّ ما تعلَّقَ بمَصالِحِ

الإنصاف

قوله : وإنْ لم يتَعَلَّقْ بمَصالِحِه ، فعلى رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

العامِرِ ؛ مِن طُرُقِه ، ومَسِيلِ مائِه ، ومُطَّرَحِ قُمامَتِه ، ومُلْقَى تُرابِه ، وآلاتِه ، لا يَجُوزُ إحْياؤُه ، بغيرِ خِلافٍ فى المَذْهَبِ . وكذلك ما تعَلَّقَ بمَصالِحِ القَرْيَةِ ؛ كفِنائِها ، ومَرْعَى ماشِيَتِها ، ومُحْتَطَبِها ، وطُرُقِها ، ومَسِيلِ مائِها ، لا يُمْلَكُ بالإِحْياءِ ، لا نَعْلَمُ فيه أيضًا خِلافًا بينَ أهلِ العِلْمِ . وكذلك حَرِيمُ البِئْرِ والنَّهْرِ والعَيْنِ ، وكلُّ مَمْلُوكٍ لا يَجُوزُ إحْياءُ ما تعَلَّقَ بمَصالِحِه ؛ لقولِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَيْتَةً فى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِىَ لَهُ »[1] . مَفْهُومُه أنَّ ما تَعَلَّقَ به حَقُّ مُسْلِمٍ لا يُمْلَكُ بالإِحْياءِ . ولأنَّه تابعٌ للمَمْلُوكِ ، ولو جَوَّزْنا إحياءَه ، لَبَطَلَ المِلْكُ فى العامِرِ على أهْلِه . وذَكَر القاضى أنَّ هذه المَرافِقَ لا يَمْلِكُها المُحْيِى

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، يَمْلِكُه بالإِحْياءِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الكافِى » : هذا المذهبُ . وصحَّحه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « التَّصْحيحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : هى أنَصُّهما وأشْهَرُهما عندَ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . والثَّانيةُ ، لا يَمْلِكُه بإحْيائِه . وقيل : يَمْلِكُه صاحِبُ العامِرِ دُونَ غيرِه .

فوائد ؛ إحْداها ، حُكْمُ إقْطاعِ ذلك حُكْمُ إحْيائِه . الثَّانيةُ ، قال فى « الفُروعِ » : لو اخْتلفُوا فى الطَّريقِ وَقْتَ الإِحْياءِ ، جُعِلَتْ سَبْعَةَ أذْرُعٍ للخَبَرِ ،

---

(1) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٠ .

الشرح الكبير

بالإِحْياءِ ، لكنْ هو أَحَقُّ بها مِن غيرِه ؛ لأنَّ الإِحْياءَ الذى هو سَبَبُ المِلْكِ لم يُوجَدْ فيها . وقال الشافعىُّ : يَمْلِكُ بذلك . وهو ظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ فى حَرِيمِ البِئْرِ ؛ لأنَّه مَكانٌ اسْتَحَقَّه بالإِحْياءِ ، فمَلَكَه ، كالمُحْيِى ، ولأنَّ [١٦٢/٥ظ] مَعْنَى المِلْكِ مَوْجُودٌ فيه ؛ لأنَّه يَدْخُلُ مع الدّارِ فى البَيْعِ ، ويَخْتَصُّ به صاحِبُها . فأمّا ما قَرُب مِن العامِرِ و لم يتَعَلَّقْ بمَصالِحِه ، فيَجُوزُ إحياؤُه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . قال أحمدُ فى رِوايَةِ أبى الصَّقْرِ ، فى رَجُلَيْن أحْيَيا قِطْعَتَيْن مِن مَواتٍ ، وبَقِيَتْ بينَهما رُقْعَةٌ ، فجاء رجلٌ ليُحْيِيَها ، فليس لهما مَنْعُه . وقال فى جَبّانَةٍ بينَ قَرْيَتَيْن : مَن أحْياها فهى له . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لعُمُومِ قَوْلِه عليه السَّلامُ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ » .

الإنصاف

ولا تُغَيَّرُ بعدَ وَضْعِها ، وإنْ زادَتْ على سَبْعَةِ أَذْرُعٍ ؛ لأنَّها للمُسْلِمين . نصَّ عليه . واخْتارَ ابنُ حامِدٍ[1] أنَّ الخَبَرَ ورَد فى أَرْبابِ مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ أرادُوا قِسْمَتَه ، واخْتَلفُوا فى قَدْرِ حاجَتِهم . قلتُ : قال الجُوزَجانِىُّ فى « المُتَرْجَمِ » عن قولِ الإمامِ أحمدَ : لا بَأْسَ ببناءِ مَسْجِدٍ فى طَرِيقٍ واسِعٍ ، إذا لم يَضُرَّ بالطَّرِيقِ : عَنَى الإمامُ أحمدُ مِنَ الضَّرَرِ بالطَّرِيقِ ماوَقَّتَ النَّبِىُّ ، ﷺ ، مِنَ السَّبْعِ الأَذْرُعِ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّمانِين » : كذا قال . قال : ومُرادُه أنَّه يجوزُ البِناءُ إذا فضَلَ مِنَ الطَّرِيقِ سَبْعَةُ اذْرُعٍ . والمَنْصوصُ عن أحمدَ ، أنَّ قولَ النبىِّ ، ﷺ : « إذا اخْتَلَفْتُم فِى الطَّرِيقِ ، فَاجْعَلُوه سَبْعَةَ أَذْرُعٍ »[2] . فى أرْضٍ مَمْلوكَةٍ لقومٍ أرادُوا البِناءَ ، وتَشاحُّوا فى

---

(١) فى ا : « بطة » .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٣٢/٣ . وابن ماجه ، فى : باب إذا تشاجروا فى قدر الطريق ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٥/١ ، ٣٠٣ .

الشرح الكبير

ولأنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَ بِلالَ بنَ الحارثِ العَقِيقَ[١] ، وهو يَعْلَمُ أنه بينَ[٢] عِمارَةِ المَدِينَةِ . ولأنَّه مَواتٌ لم تتعَلَّقْ به مَصْلَحَةُ العامِرِ ، فجاز إحْياؤُه ، كالبَعِيدِ . والثانيةُ ، لا يَجُوزُ إحْياؤُه . وبه قال أبو حنيفةَ ، واللَّيْثُ ؛ لأنَّه فى مَظِنَّةِ تَعلُّقِ المَصْلَحَةِ به ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يَحْتاجَ إلى فَتْحِ بابٍ فى حائِطِه إلى فِنائِه ويَجْعَلَه طَرِيقًا ، أو يَخْرَبَ حائِطُه فيَجْعَلَ آلاتِ البِناءِ فى فِنائِه ، وغيرِ ذلك ، فلم يَجُزْ تَفْوِيتُ ذلك عليه ، بخِلافِ البَعِيدِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّما يُرْجَعُ فى القَرِيبِ والبَعِيدِ إلى العُرْفِ . وقال اللَّيْثُ : حَدُّه غَلْوَةٌ[٣] ، وهو [٤]خُمْسُ خُمْسِ الفَرْسَخِ[٤] . وقال أبو حنيفةَ : حَدُّ البَعِيدِ هو الذى إذا وَقَفَ الرجلُ فى أدْناه ، فصاح بأعْلَى صَوْتِه ، لم يَسْمَعْ أدْنَى أهْلِ المِصْرِ إليه . ولَنا[٥] ، أنَّ التَّحْدِيدَ لا يُعْرَفُ إلَّا بالتَّوْقِيفِ ، ولا يُعْرَفُ بالرَّأْىِ والتَّحَكُّمِ ، ولم يَرِدْ مِن الشَّرْعِ تَحْدِيدٌ له ، فوَجَبَ أن يُرْجَعَ فى ذلك إلى العُرْفِ ، كالقَبْضِ والإحْرازِ ، فقولُ مَن حَدَّدَ بهذا تَحَكُّمٌ بغيرِ دَلِيلٍ ،

الإنصاف

مِقْدارِ ما يَتْرُكُونه منها للطَّرِيقِ . وبذلك فَسَّرَه ابنُ بَطَّةَ ، وأبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ ، والأصحابُ ، وأنْكَروا جَوازَ تَضْيِيقِ الطَّرِيقِ الواسِعِ إلى أنْ يَبْقَى سبْعَةَ أذْرُعٍ . انتهى . وقدَّم ما قدَّمه فى « الفُروعِ » ، فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . الثَّالثةُ ، إذا نصَبَ

---

(١) انظر ما تقدم فى ٥٧٧/٦ وما سيأتى فى صفحة ١٢٧ .

(٢) فى م : « من » .

(٣) تقدر بثلاثمائة إلى أربعمائة ذراع .

(٤ - ٤) فى المغنى ١٥٠/٨ : « خمس الفرسخ » .

(٥) فى م : « الثانى » .

المقنع وَلَا تُمْلَكُ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةُ ، كَالْمِلْحِ ، وَالْقَارِ ، وَالنِّفْطِ ، وَالْكُحْلِ ، وَالْجَصِّ ، بِالْإِحْيَاءِ ، وَلَيْسَ [١٤٧ظ] لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ .

الشرح الكبير وليس ذلك بأوْلَى مِن تَحْدِيدِه بشيءٍ آخَرَ ، كمِيلٍ أو نِصْفِ مِيلٍ . وهذا التَّحْدِيدُ الذى ذَكَرُوه ، واللهُ أعلمُ ، يَخْتَصُّ بما قَرُب مِن المِصْرِ أو القَرْيَةِ ، ولا يَجُوزُ أن يكونَ حَدًّا لكلِّ ما قَرُب مِن عامِرٍ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى أنَّ مَن أحْيا أرْضًا فى مَواتٍ ، حَرُم إحْياءُ شيءٍ مِن ذلك المَواتِ على غيرِه ، ما لم يَخْرُجْ عن ذلك الحَدِّ .

٢٤٦٨ – مسألة : (ولا تُمْلَكُ المَعادِنُ الظّاهِرَةُ ؛ كالمِلْحِ ، [٥/١٦٣و] والقارِ ، والكُحْلِ ، والجَصِّ ، والنِّفْطِ ، بالإحْياءِ ، وليس للإمامِ إقْطاعُه) وجملةُ ذلك ، أنَّ المَعَادِنَ الظّاهِرَةَ ، وهى التى يُوصَلُ إلى ما فيها مِن غيرِ مُؤْنَةٍ ، يَنْتابُها النّاسُ ، ويَنْتَفِعُون بها ؛ كالمِلْحِ ، والماءِ ،

الإنصاف الماءُ عن جزيرَةٍ ، فلها حُكمُ المَواتِ ؛ لكُلِّ أحدٍ إحْياؤُها ، بَعُدَتْ أو قَرُبَتْ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم . ونصَّ عليه . قال الحارِثِىُّ : هذا مع عدَمِ الضَّرَرِ . ونصَّ عليه . انتهى . الرَّابعةُ ، ما غلَب الماءُ عليه مِنَ الأمْلاكِ واسْتَبْحَرَ ، باقٍ على مِلْكِ مُلَّاكِه ، لهم أخْذُه إذا نضَبَ عنه . نصَّ عليه . قالَه الحارِثِىُّ وغيرُه . وقال فى « الفُروعِ » : ولا يُمْلَكُ ما نضَبَ ماؤُه . وفيه رِوايَةٌ .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، مفْهومُ قولِه : ولا تُمْلَكُ المَعادِنُ الظَّاهِرَةُ ؛ كالمِلْحِ ، والقارِ ، والنِّفْطِ ، والكُحْلِ ، والجَصِّ . وكذلك الماءُ ، والكِبْرِيتُ ، والمُومْيا ،

الشرح الكبير

والكِبْرِيتِ ، والقِيرِ[١] ، والمُومْيا[٢] ، والنِّفْطِ ، والكُحْلِ ، والبِرامِ[٣] ، والياقُوتِ ، ومَقاطِعِ الطِّينِ ، وأشْباهِ ذلك ، لا يُمْلَكُ بالإحْياءِ ، ولا يَجُوزُ إقْطاعُه لأحَدٍ مِن النّاسِ ، ولا احْتِجارُه دُونَ المسلمين ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا بالمسلمين وتَضْيِيقًا عليهم ، ولِما رَوَى أبو عُبَيْدٍ ، وأبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ ، بإسْنادِهِم[٤] ، عن أبْيَضَ بن حَمّالٍ ، أنَّه اسْتَقْطَعَ رسولَ اللهِ ﷺ المِلْحَ الذى بمَأْرِبَ ، فلَمّا وَلَّى ، قِيلَ : يا رسولَ اللهِ ، أتَدْرِى ما أقْطَعْتَ له ؟ إنَّما أقْطَعْتَه الماءَ العِدَّ[٥] . فرَجَعَه منه . قال : قلتُ : يا

الإنصاف

والبِرامِ ، والياقُوتِ ، ومَقاطِعِ الطِّينِ ، ونحوِه . أنَّ المَعادِنَ الباطِنَةَ تُمْلَكُ . وهو وَجْهٌ واحْتِمالٌ للمُصَنِّفِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ جماعةٍ . قال الحارِثِىُّ : ونصَّ عليه فى رِوايَةِ حَرْبٍ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها كالمَعادِنِ الظّاهِرَةِ ، فلا تُمْلَكُ . قال المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرُهم : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : قال الأصحابُ : لا يُمْلَكُ بذلك ، ولا يجوزُ إقْطاعُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه .

---

(١) القير : الزفت .

(٢) موميا : مادة تجمد فتصير قارا تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء ، تلطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ لا تتغير . الجامع لمفردات الأدوية ٤/١٦٩ .

(٣) البرام : القدور من الحجارة .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١٥٥ ، ١٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٤٩ ، ١٥٠ . كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب إقطاع الأنهار والعيون ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/٨٢٧ . والدارمى ، فى : باب فى القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦٨ . وأبو عبيد فى الأموال ٢٧٥ .

(٥) العِدّ : الجارى .

الشرح الكبير

رسولَ اللهِ ، ما يُحْمَى[1] مِن الأَرَاكِ ؟ قال : « مَا لَمْ تَنَلْهُ أَخْفَافُ الْإِبِلِ » . وهو حديثٌ غريبٌ . ورَواه سعيدٌ ، قال : حَدَّثَنِى إسماعيلُ بنُ عَيّاشٍ ، عن عَمْرِو بنِ قَيْسٍ المَأْرِبِىِّ[2] ، عن أبيه ، عن أَبْيَضَ بنِ حَمّالٍ المَأْرِبِىِّ[2] قال : اسْتَقْطَعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ مَعْدِنَ المِلْحِ بمَأْرِبَ ، فأَقْطَعَنِيه ، فقِيلَ : يا رسولَ اللهِ ، إنّه بمَنْزِلَةِ الماءِ العِدِّ . يَعْنِى أنّه لا يَنْقَطِعُ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « فَلَا إِذَنْ » . ولأنَّ هذا يتعلَّقُ به مَصالِحُ المسلمين العامَّةُ ، فلم يَجُزْ إحْياؤُه ولا إقْطاعُه ، كمَشارِعِ الماءِ وطُرُقاتِ المسلمين . قال ابنُ عَقِيلٍ : هذا مِن مَوادِّ اللهِ الكريمِ ، وفَيْضِ جُودِه الذى لا غَناءَ عنه ، ولو مَلَكَه أحَدٌ بالاحْتِجارِ ، مَلَكَ مَنْعَه ، فضاقَ على النّاسِ ، فإن أخذَ العِوَضَ عنه أغْلاه ، فخَرَجَ عن الوَضْعِ الذى وَضَعَه اللهُ به مِن تَعْمِيمِ ذوى الحَوائجِ مِن غيرِ كُلْفَةٍ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . ولا أعْلَمُ فيه مُخالِفًا .

الإنصاف

فائدة : حُكْمُ المَعادِنِ الباطِنَةِ إذا كانتْ ظاهِرَةً ، حُكْمُ المَعادِنِ الظَّاهِرَةِ الأَصْلِ .

التَّنبيهُ الثَّانى ، مفْهومُ قوْلِه عنِ المَعادِنِ الظَّاهِرَةِ : وليس للإمامِ إقْطاعُه . أنَّ للإمامِ إقْطاعُ المَعادِنِ الباطِنَةِ . وهو اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ . وذكَر الحارِثِىُّ أدِلَّةَ ذلك ، وقال : هذا قاطِعٌ فى الجَوازِ ، فالقَوْلُ بخِلافِه باطِلٌ . وصحَّحه المُصَنِّفُ

---

(1) بعده فى م : « لى » .

(2) فى ر 1 : « المازنى » . وانظر المشتبه للذهبى 564 .

الشرح الكبير

فصل : فأمّا المُعادِنُ الباطِنةُ ، وهى التى لا يُوصَلُ إليها إلّا بالعَمَلِ والمُؤْنَةِ ؛ كمعادِنِ الذَّهَبِ ، والفِضَّةِ ، والحَدِيدِ ، والنُّحاسِ ، والرَّصاصِ ، والبَلُّورِ ، والفَيْرُوزَجِ ، فإن كانت ظاهِرَةً ، لم تُمْلَكْ أيضًا بالإِحْياءِ ؛ لِما ذكَرْنا فى التى قبلَها . [٥/١٦٣ظ] وإن لم تكنْ ظاهِرَةً ، فحفَرَها إنْسانٌ وأظْهَرَها ، لم يمْلِكْها بذلك فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ، وظاهِرِ مَذْهَبِ الشافعىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَها بذلك . وهو قولٌ للشافعىِّ ؛ لأنَّه مَواتٌ لا يُنْتَفَعُ به إلّا بالعَمَلِ والمُؤْنَةِ ، فمُلِكَ بالإِحْياءِ ، كالأرْضِ ، ولأنَّه بإظْهارِه تَهَيَّأَ للانْتِفاعِ به مِن غيرِ حاجةٍ إلى تكْرارِ ذلك العَمَلِ ، فأشْبَهَ الأرْضَ إذا أحْياها بماءٍ أو حاطَها . وَوَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ الإِحْياءَ الذى يُمْلَكُ به هو العِمارَةُ التى يتَهَيَّأُ بها المُحْيَا للانْتِفاعِ مِن غيرِ تَكْرارِ عَمَلٍ ، وهذا حَفْرٌ وتَخْرِيبٌ يَحْتاجُ إلى تَكْرارٍ عندَ كلِّ انْتِفاعٍ . فإن قِيلَ : فلو احْتَفَرَ

الإنصاف

وغيرُه ، وقد هَداهم اللهُ إلى الصَّوابِ . انتهى . قال فى « الفائقِ » : ولا يجوزُ إقْطاعُ مالا يُمْلَكُ مِنَ المَعادِنِ . نصَّ عليه . وقال الشَّيْخُ : يجوزُ . فظاهرُ عِبارَتِه ، إدْخالُ الظَّاهِرَةِ والباطِنَةِ فى اخْتِيارِ الشَّيْخِ ، والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه ليس للإمامِ إقْطاعُه ، كالمَعادِنِ الظَّاهِرَةِ . قال المُصَنِّفُ ، والشارِحُ : قالَه أصحابُنا . وكذا قال الحارِثِىُّ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهما .

تنبيه : مثَّلَ المُصَنِّفُ وجماعَةٌ ، رَحِمَهم اللهُ ، مِنَ المَعادِنِ الظَّاهِرَةِ بالمِلْحِ . قال الحارِثِىُّ : وليس على ظاهرِه ، فإنَّ منه ما يحْتاجُ إلى عمَلٍ وحَفْرٍ ، وذلك مِن قَبيلِ الباطِنِ . والصَّوابُ أنَّ المَائِىَّ منه مِنَ الظَّاهرِ ، وكذا الظَّاهِرُ مِنَ الجَبَلِ ، وما احْتاجَ إلى كَشْفٍ يسيرٍ . وأمَّا المُحْتاجُ إلى العَمَلِ والحَفْرِ ، فمِن قَبيلِ الباطِنِ .

المقنع فَإِنْ كَانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إِذَا حَصَلَ فِيهِ الْمَاءُ صَارَ مِلْحًا ، مَلَكَهُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ .

الشرح الكبير بِئرًا مَلَكَها ومَلَكَ حَرِيمَها . قُلْنا : البِئْرُ تَهَيَّأَتْ للانْتِفاعِ بها مِن غيرِ تَجْدِيدِ حَفْرٍ ولا عِمارَةٍ ، وهذه المَعادِنُ تَحْتاجُ عندَ كلِّ انْتِفاعٍ إلى عَمَلٍ وعِمارَةٍ ، فافْتَرَقَا . قال أصْحابُنا : وليس للإمامِ إقْطاعُها ؛ لأنَّها لا تُمْلَكُ بالإِحْياءِ . والصَّحِيحُ جَوازُ ذلك ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ أقْطَعَ بِلالَ بنَ الحارِثِ مَعادِنَ القَبَلِيَّةِ ، جَلْسِيَّها وغَوْرِيَّها[1] . رَواه أبو داودَ ، وغيرُه[2] .

٢٤٦٩ – مسألة : (فإن كان بقُرْبِ السّاحِلِ مَوْضِعٌ إذا حَصَل فيه الماءُ صار مِلْحًا ، مُلِك بالإحْياءِ ، وللإمامِ إقْطاعُه) لأنَّه[3] لا يُضَيِّقُ على المسلمين بإحْداثِه ، بل يَحْدُثُ نَفْعُه بفِعْلِه ، فلم يُمْنَعْ منه ، كبَقِيَّةِ المَواتِ . وإحْياءُ هذا تَهْيِئَتُه لِما يَصْلُحُ له ؛ مِن حَفْرِ تُرابِه ، وتَمْهِيدِه ، وفَتْحِ قَناةٍ إليه تَصُبُّ الماءَ فيه ؛ لأنَّه يَتَهَيَّأُ بهذا للانْتِفاعِ به .

الإنصاف قوله : فإن كان بقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إذا حصَل فيه الماءُ صار مِلْحًا ، مُلِكَ بالإحْياءِ . هذا المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ أنَّه يَمْلِكُه مُحْيِيه . قال فى « الرِّعايَةِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : مُلِكَ بالإحْياءِ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يُمْلَكُ بالإحْياءِ .

---

(١) الجلسى : ما كان من أرض نجد . والغورى : ما كان من بلاد تهامة .
(٢) تقدم تخريجه فى ٦/٥٧٧ .
(٣) سقط من : م .

المقنع

وَإِذَا مَلَكَ الْمُحْيَا مَلَكَهُ بِمَا فِيهِ مِنَ الْمَعَادِنِ الْبَاطِنَةِ ، كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ .

الشرح الكبير

٢٤٧٠ - مسألة : (وإذا مَلَكَ المُحْيَا ، مَلَكَ ما فيه مِن المَعادِنِ الباطِنَةِ ، كمَعادِنِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ) إذا مَلَكَ الأرْضَ بالإحْياءِ ، فظَهَرَ فيها مَعْدِنٌ جامِدٌ ، مَلَكَه ، ظاهِرًا كان أو باطِنًا ؛ لأنه مَلَكَ الأرْضَ بجَمِيعِ أجْزائِها وطَبَقَاتِها ، وهذا منها . ويُفارِقُ [١٦٤/٥و] الكَنْزَ ، فإنَّه مُودَعٌ فيها ، وليس مِن أجْزائِها . ويُفارِقُ ما إذا كان ظاهِرًا قبلَ إحْيائِها ؛ لأنَّه قَطَعَ على المسلمين نَفْعًا كان واصِلًا إليهم ، ومَنَعَهم انْتِفاعًا كان لهم ، وهٰهُنا لم يَقْطَعْ عنهم شيئًا ؛ لأنَّه إنَّما ظَهَر بإظْهارِه . ولو تَحَجَّرَ الأرْضَ أو أقْطَعَها ، فظَهَرَ فيها المَعْدِنُ قبلَ إحْيائِها ، كان له إحْياؤُها ، ويَمْلِكُها بما فيها ؛ لأنَّه صار أحَقَّ بتَحَجُّرِه وإقْطاعِه ، فلم يُمْنَعْ مِن إتْمامِ حَقِّه .

الإنصاف

قوله : وإذا مَلَكَ المُحْيَا ، مَلَكَه بما فيه مِنَ المعادِنِ الباطِنَةِ ، كمَعادِنِ الذَّهَبِ [٢٢٣/٢ظ] والفِضَّةِ . إذا ملَكَ الأرْضَ بالإحْياءِ ، ملَكَها بما ظهَر فيها مِنَ المَعادِنِ ، ظاهِرًا كان أو باطِنًا . قالَه الأصحابُ ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم . قال الحارِثِىُّ : وعِبارَةُ المُصَنِّفِ هنا لا تَفِى بذلك ؛ فإنَّه اقْتَصَر فى مَوْضِعِ الجامِدِ على لَفْظِ : الباطِنِ . وهو عِبارَةُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، فيَحْتَمِلُ أنْ يُرِيدَ به ما قالَه فى « المُغْنِى » وغيرِه ، وفى الإيرادِ قَرِينَةٌ تقْتَضِيه ، وهو جَعْلُ الجارِى قِسْمًا للباطِنِ . ويَحْتَمِلُ إرادَةَ الظَّاهِرِ دُونَ الباطِنِ ممَّا هو جامِدٌ لايَدْخُلُ فى المِلْكِ . انتهى .

المقنع وَإِنْ ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ أَوْ مَعْدِنٌ جَارٍ أَوْ كَلأٌ أَوْ شَجَرٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٤٧١** – مسألة : (وإن ظَهَر فيه عَيْنُ ماءٍ أو مَعْدِنٌ جارٍ أو كَلأٌ أو شَجَرٌ ، فهو أحَقُّ به) لأنَّه فى مِلْكِه . ويَمْلِكُه فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن ؛ لأنَّه خارِجٌ مِن أرْضِه ، أشْبَهَ المَعادِنَ الجامِدَةَ والزَّرْعَ . والثانيةُ ، لا يَمْلِكُه . وهى أصَحُّ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ « النَّاسُ شُرَكاءُ فى ثَلاثٍ ؛ فِى الْمَاءِ ، وَالْكَلأِ ، وَالنَّارِ » . رَواه الخَلَّالُ[1] . ولأنَّها ليست مِن أجْزاءِ الأرْضِ ، فلم يَمْلِكْها بمِلْكِ الأرْضِ ، كالكَنْزِ .

الإنصاف قوله : وإنْ ظهَر فيه عَيْنُ ماءٍ ، أو مَعْدِنٌ جارٍ ، أو كَلأٌ ، أو شَجَرٌ ، فهو أحَقُّ به ، وهل يَمْلِكُه ؟ على رِوايتَيْن . إذا ظَهَر فيه عَيْنُ ماءٍ ، فهو أحقُّ بها ، وهل يَمْلِكُه ؟ أطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه رِوايتَيْن ، وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ؛ إحْداهما ، لا يمْلِكُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّصْحيحِ » ، وغيرِهم . [2]قال الحارِثِىُّ[2] : وهذه عندَ المُصَنِّفِ وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، أصحُّ . قال فى « الهِدايَةِ » : وعنه ، فى الماءِ والكَلأِ لا يُمْلَكُ . وهو اخْتِيارُ عامَّةِ أصحابِنا . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يمْلِكُ . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » . واخْتارَه أبو بَكْرٍ عَبْدُ العَزيزِ . قال الحارِثِىُّ : وهو الحقُّ . قال فى « القواعِدِ » : وأكثرُ النُّصوصِ تدُلُّ

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١/٧٩ .

(٢ – ٢) سقط من : ا .

المقنع

وَمَا فَضَلَ مِنْ مَائِهِ لَزِمَهُ بَذْلُهُ لِبَهَائِمِ غَيْرِهِ .

الشرح الكبير

٢٤٧٢ – مسألة : ويَلْزَمُه بَذْلُ (ما فَضَل مِن مائِه لبَهائِمِ غيرِه) لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ

الإنصاف

على المِلْكِ . وإذا ظهَر فيه مَعْدِنٌ جارٍ ، فهو أحقُّ به ، وهل يَمْلِكُ بذلك ؟ فيه الرِّوايَتان . قال الحارِثِىُّ : مَأْخُوذَتان مِن رِوايَتَىْ مِلْكِ الماءِ ، ولهذا صحَّحُوا عدَمَ المِلْكِ هنا ؛ لأنَّهم صحَّحُوه هناك . انتهى . وهذا المذهبُ ، أعْنِى ، عدَمَ مِلْكِه بذلك ، وصحَّحه مَن صحَّحه فى عدَمِ المِلْكِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهما . وعنه ، يَمْلِكُ . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : وهذا المَنْصوصُ ، فيكونُ المذهبَ . وإنْ ظهَر كَلأٌ أو شجَرٌ ، فهو أحقُّ به ، وهل يَمْلِكُه به ؟ أطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه رِوايتَيْن ، وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ؛ إحْداهما ، لا يَمْلِكُ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه فى رِوايَةِ إسْحاقَ ابنِ إبْراهِيمَ . قال فى « الهِدايَةِ » : عليه عامَّةُ أصحابِنا . قال الحارِثِىُّ : وهذا أصحُّ عندَ الأصحابِ ؛ منهم المُصَنِّفُ ، والشارِحُ[(١)] ، قالَه فى البَيْعِ ، مِن كِتابِه الكَبيرِ ، ولم يُورِدْ أبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ سِواه . وصحَّحه فى « الشَّرْحِ » ، و « التَّصْحيحِ » ، وغيرِهما . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهما . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يَمْلِكُه . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » .

قوله : وما فَضَل مِن مائِه ، لَزِمَه بَذْلُه لبَهائمِ غيرِه . هذا صحِيحٌ ، لكِنْ بشَرْطِ أنْ لا تجِدَ البَهائِمُ ماءً مُباحًا ، ولم يَتَضَرَّرْ بذلك . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ واعْتَبَر

(١) سقط من : ط .

المقنع وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَذْلُهُ لِزَرْعِ غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير بِهِ فَضْلَ الْكَلأ ، مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ »[1] (وهل يَلْزَمُه بَذْلُه لزَرْعِ غيرِه ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهما ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّ الزَّرْعَ لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه . والثانيةُ ، يَلْزَمُه ؛ لِما روَى إياسُ بنُ عبْدٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ[2] . وعن بُهَيْسَةَ[3] عن أبيها ، أنَّه قال : يا نبىَّ اللهِ ، مَا الشىءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « الْمَاءُ » . رَواه أبو داودَ[4] .

الإنصاف القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وجماعَةٌ اتِّصالَه بالمَرْعَى . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وأبى الخَطَّابِ ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهم ، عدَمُ[5] اشْتِراطِ ذلك . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وهو المذهبُ . وبذْلُ ما فضَلَ مِن مائِه لُزومًا مِن مُفْرَداتِ المذهبِ .

قوله : وهل يَلْزَمُه بَذْلُه لِزَرْعِ غيرِه ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ،

---

(١) أخرجه الإمام أحمد عن عبد الله بن عمرو بلفظ قريب منه ، فى : المسند ٢/١٨٣ ، ٢٢١ .
والذى عن أبى هريرة : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » ونحوه ، عند البخارى ٣١/٩ . ومسلم ١١٩٨/٣ . وأبى داود ٢٤٨/٢ . والترمذى ٢٧٣/٥ . وابن ماجه ٨٢٨/٢ . والإمام أحمد ٢٤٤/٢ ، ٢٧٢ ، ٣٠٩ ، ٣٦٠ ، ٤٤٠ ، ٤٨٢ ، ٤٩٤ ، ٥٠٠ .
(٢) تقدم تخريجه فى ٧٩/١١ .
وهناك أنه إياس بن عبد الله ، والصواب ما هنا . انظر مصادر التخريج المتقدمة ، وتهذيب التهذيب ٣٨٩/١ ، ٣٩٠ .
(٣) فى م : « بهنسة » .
(٤) فى : باب ما لا يجوز منعه ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ٣٨٨/١ . كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى الذى لا يحل منعه ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٩/٢ ، ٢٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٨٠/٣ ، ٤٨١ .
(٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : ولو شَرَع إنْسانٌ فى حَفرِ مَعْدِنٍ و لم يَصِلْ إلى النَّيْلِ ، صار أحَقَّ به ، كالمُتَحَجِّرِ الشّارِعِ فى الإحْياءِ . فإذا وَصَل إلى النَّيْلِ صار أحَقَّ بالأخْذِ منه ، ما دام مُقِيمًا على الأخْذِ منه . وهل يَمْلِكُه بذلك ؟ فيه ما قد ذَكَرْنا مِن قبلُ . فإن حَفَر آخَرُ مِن ناحِيَةٍ أُخْرَى ، لم يكنْ له مَنْعُه ، وإذا وَصَل إلى ذلك العِرْقِ ، لم يكنْ له مَنْعُه ، سَواءٌ قُلْنا : إنَّ المَعْدِنَ يُمْلَكُ بحَفْرِه . أو لم نَقُلْ ؛ لأنَّه إن مَلَكَه ، فإنَّما يَمْلِكُ المَكانَ الذى حَفَره ، وأمّا العِرْقُ الذى فى الأرْضِ فلا يَمْلِكُه بذلك ، ومَن وَصَل إليه مِن جِهَةٍ أُخْرَى ، فله أخْذُه . ولو ظَهَر فى مِلْكِه مَعْدِنٌ بحيثُ يَخْرُجُ النَّيْلُ عن أرْضِه ، فحَفَرَ إنْسانٌ [٥/١٦٤ظ] مِن خارِجِ أرْضِه ، كان له أن يَأْخُذَ ما خَرَج عن أرْضِه منه ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه ، إنَّما مَلَك ما هو مِن أجْزاءِ أرْضِه ، وليس لأحَدٍ أن يَأْخُذَ ما كان داخِلًا فى أرْضِه مِن أجْزاءِ الأرْضِ الباطِنَةِ ، كما لا يَمْلِكُ أخْذَ أجْزائِها الظّاهِرَةِ . ولو حَفَر كافِرٌ فى دارِ الحَرْبِ مَعْدِنًا فوَصَل إلى النَّيْلِ ، ثم فَتَحَها المسلمون عَنْوَةً ، لم يَصِرْ غَنِيمَةً ، وكان وُجودُ عَمَلِه[1] وعَدَمُه واحِدًا ؛ لأنَّ عامِرَه لم يَمْلِكْه بذلك ، ولو مَلَكَه فإنَّ الأرْضَ تَصِيرُ كلَّها وَقْفًا للمسلمين ، وهذا يَنْصَرِفُ إلى مَصْلَحةٍ مِن مَصالِحِهم ، فتَعَيَّنَ لها ، كما لو ظَهَر بفِعْلِ اللهِ تعالى .

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ؛ إحْداهما ، يَلْزَمُه . وهو المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : يَلْزَمُه على الأصحِّ ، لكِنْ قال الإمامُ أحمدُ : إلَّا أنْ

---

(١) فى الأصل : « علمه » .

الشرح الكبير

فصل : ومَن مَلَك مَعْدِنًا ، فعَمِلَ فيه غيرُه بغيرِ إذْنِه ، فما حَصَّلَه منه فهو لمالِكِه ، ولا أجْرَ للغاصِبِ على عَمَلِه ؛ لأنَّه عَمِل فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فهو كما لو حَصَد زَرْعَ غيرِه . وإن قال مالِكُه : اعْمَلْ فيه ولك ما يَخْرُجُ منه . فله ذلك ، وليس لصاحِبِ المَعْدِنِ فيه شىءٌ ؛ لأنَّه إباحَةٌ مِن مالِكِه ، فمَلَكَ ما أخَذَه ، كما لو أباحَه الأخْذَ مِن بُسْتانِه . وإن قال : اعْمَلْ فيه على أنَّ ما رَزَق اللهُ مِن نَيْلٍ كان بينَنا نِصْفَيْن . فعَمِل ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَجُوزُ ، وما يَأْخُذُه يكونُ بينَهما ، كما لو قال : احْصُدْ هذا الزَّرْعَ بنِصْفِه - أو - ثُلُثِه . ولأنَّها عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها ، فصَحَّ العَمَلُ فيها

الإنصاف

يُؤْذِيَه بالدُّخولِ ، أو له فيه ماءُ السَّماءِ ، فيَخافَ عطَشًا ، فلا بأْسَ أنْ يَمْنعَه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . قال الحارِثِىُّ : هذا الصَّحيحُ ، واخْتِيارُ أكثرِ الأصحابِ ؛ منهم أبو الخطابِ ، والقاضى أبو الحُسَيْنِ ، والشِّيرازِىُّ ، والشَّريفان ؛ أبو جَعْفرٍ ، والزَّيْدِىُّ ، وهو مِنَ المُفْرَداتِ . قال الإمامُ أحمدُ : ليس له أنْ يمْنَعُ فضْلَ ماءٍ يمْنَعُ به الكَلأَ ؛ للخبَرِ . قال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والتِّسْعِين » : هذا الصَّحيحُ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يَلْزَمُه . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، والقاضى فى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . قال الحارِثِىُّ : ومالَ إليه المُصَنِّفُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : يُكْرَهُ مَنْعُه فَضْلَ مائِه لِيُسْقَ به ؛ للخبَرِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، حيثُ قُلْنا : لا يَلْزَمُه بذْلُه . جازَ له بَيْعُه بكَيْلٍ ، أو وَزْنٍ معْلُومٍ ، ويحْرُمُ بَيْعُه مُقَدَّرًا بمُدَّةٍ معْلومةٍ ، خِلافًا لمالِكٍ . ويحْرُمُ أيضًا بيْعُه مُقَدَّرًا بالرِّىِّ ، أو جِزافًا . قالَه القاضى وغيرُه ، واقْتَصَرَ عليه فى « الفروعِ » . قال

الشرح الكبير

بَعْضِه ، كالمُضارَبَةِ فى الأثْمانِ . والثّانِى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما يَحْصُلُ منه مَجْهُولٌ ، ولأنَّه لا يَصِحُّ أن يكونَ إجارَةً ، لأنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ ، والعَمَلَ مَجْهُولٌ ، ولا جعالةً ؛ لأنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ ، ولا مُضارَبَةً ؛ لأنَّ المُضارَبَةَ إنَّما تَصِحُّ بالأثْمانِ على أن يُرَدَّ رَأْسُ المالِ ويكونَ له حِصَّةٌ مِن الرِّبْحِ ، وليس ذلك هٰهُنا . وفارَقَ حَصادَ الزَّرْعِ بِنِصْفِه أو جُزْءٍ منه ؛ لأنَّ الزَّرْعَ مَعْلُومٌ بالمُشاهَدَةِ ، وما عُلِم جَمِيعُه عُلِم جُزْؤُه ، بخِلافِ هذا . وإن قال : اعْمَلْ فيه كذا ولك ما يَحْصُلُ منه ، بشَرْطِ أن تُعْطِيَنِى ألْفًا - أو - شيئًا مَعْلُومًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ لمَجْهُولٍ ، ولا يَصِحُّ أن يكونَ مَعْلُومًا[1] ، كالمُضارَبَةِ ؛ لِما ذَكَرْنا ؛ ولأنَّ المُضارَبَةَ تكونُ بجُزْءٍ مِن النَّماءِ لا دَراهِمَ مَعْلُومَةٍ . قال أحمدُ : إذا أخذَ مَعْدِنًا مِن قَوْمٍ على أن يَعْمُرَه يَعْمَلَ فيه ويُعْطِيَهم ألْفَىْ [١٦٥/٥و] مَنٍّ[2] أو ألْفَ مَنٍّ صُفْرًا ، فذلك مَكْرُوهٌ . ولم يُرَخِّصْ فيه .

الإنصاف

القاضى : وإنْ باعَ آصُعًا مَعْلُومَةً مِن سائحٍ ، جازَ ، كماءِ عَيْنٍ ؛ لأنَّه معْلومٌ ، وإنْ باعَ كلَّ الماءِ ، لم يَجُزْ ؛ لاخْتِلاطِه بغيرِه . الثَّانيةُ ، إذا حفَر بِئْرًا بمَواتٍ للسَّابِلَةِ ، فالناسُ مُشْتَرِكُون فى مائِها ، والحافِرُ كأحَدِهم فى السَّقْىِ ، والزَّرْعِ ، والشُّرْبِ . قالَه الأصحابُ [٢٢٤/٢و] . ومع الضِّيقِ يُقدَّمُ الآدَمِىُّ ، ثم الحَيوانُ . قالَه الأصحابُ ؛ منهم صاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرُهم . زادَ فى « الفائقِ » ، ثم الزَّرْعُ . وهو مُرادُ غيرِه .

---

(١) فى المغنى ١٥٩/٨ : « معاملة » .

(٢) المَنّ : كيل أو ميزان .

الشرح الكبير

فصل : إذا اسْتَأْجَرَ رجلًا ليَحْفِرَ له عَشَرَةَ أَذْرُعٍ فى دَورٍ كذا بدِينارٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّها إجارَةٌ مَعْلُومَةٌ . وإن ظَهَر عِرْقُ ذَهَبٍ ، فقال : اسْتَأْجَرْتُك لتُخرِجَه بدِينارٍ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ العَمَلَ مَجْهُولٌ . وإن قال : إنِ اسْتَخْرَجْتَه فلك دِينارٌ . صَحَّ ، ويكونُ جَعالَةً ؛ لأنَّ الجَعالَةَ تَصِحُّ على عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إذا كان العِوَضُ مَعْلُومًا .

الإنصاف

وقال فى « التَّلْخيصِ » : ومع الضِّيقِ لِلحَيوانِ ، ومع الضِّيقِ للآدَمِىِّ . والظاهِرُ أنَّ النُّسْخَةَ مغْلُوطةٌ . الثَّالثةُ ، لو حفَرَها ارْتِفاقًا ؛ كحَفْرِ السُّفَّارَةِ فى بعضِ المَنازِلِ ، وكالأَعْرابِ[1] والتُّركُمانِ ينْتَجِعُونَ أَرْضًا فيَحْتَفِرُون لشُرْبِهم ، وشُرْبِ دَوابِّهم ، فالبِئْرُ مِلْكٌ لهم . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ . وقدَّمه الحارِثِىُّ ، وقال : هو أصحُّ . وهو الصَّوابُ . وقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وجماعَةٌ : لا يَمْلِكُونَها . وهو المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : فهم أحقُّ بمائِها ما أقامُوا . وفى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » : وعليهم بذْلُ الفاضِلِ لشارِبه فقط . وتَبِعَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهم . وبعدَ رَحيلِهم تكونُ سابِلَةً للمُسْلِمين ، فإنْ عادَ المُرْتَفِقُون إليها ، فهل يخْتَصُّون بها ، أم هم كغيرِهم ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، والحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، هم كغيرِهم . اخْتارَه القاضى فى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، هم أحقُّ بها مِن غيرِهم . اخْتارَه أبو الخَطَّاب فى بعضِ تَعاليقِه . قال السَّامَرِّىُّ : رأَيْتُ بخطِّ أبِى الخَطَّابِ ، على هامشِ نُسْخَةٍ مِنَ « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » ، قال : مَحْفوظٌ ، يعْنى نفْسَه : الصَّحيحُ ، أنَّهم إذا عادُوا

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وما نَضَب عنه الماءُ مِن الجَزائِرِ ، لم يُمْلَكْ بالإحْياءِ . قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ العَبّاسِ بنِ موسى[1] : إذا نَضَب الماءُ عن جَزيرَةٍ إلى قَناةِ رجلٍ ، لم يَبْنِ فيها ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا ، وهو أنَّ الماءَ يَرْجِعُ . يَعْنِى أنَّه يَرْجِعُ إلى ذلك المَكانِ ، فإذا وَجَدَه مَبْنِيًّا ، رَجَع إلى الجانِبِ الآخَرِ ، فأضَرَّ بأهْلِه . ولأنَّ الجَزائِرَ مَنْبِتُ الكَلَأ والحَطَبِ ، فجَرَى مَجْرَى المَعادِنِ الظّاهِرَةِ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « لَا حِمَى فى[2] الأَرَاكِ »[3] . قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ : يُرْوَى عن عُمَرَ أنَّه أباحَ الجَزائِرَ . يَعْنِى أباحَ ما يَنْبُتُ فى الجَزائِرِ مِن النَّباتِ ، وقال : إذا نَضَب الفُراتُ عن شئٍ ، ثم نَبَت فيه نَباتٌ ، فجاء رجلٌ يَمْنَعُ النّاسَ منه ، فليس له ذلك . فأمّا إن غَلَب الماءُ على مِلْكِ إنْسانٍ ، ثم عاد فنَضَب عنه ، فله أخْذُه ، ولا يَزُولُ مِلْكُه بغَلَبةِ الماءِ عليه . فإن كان ما نَضَب عنه الماءُ لا يَنْتَفِعُ به أحَدٌ ، فعَمَّرَه رجلٌ عِمارَةً لا تَرُدُّ الماءَ ، مثلَ أن يَجْعلَه مَزْرَعَةً ، فهو أحَقُّ به مِن غيرِه ؛ لأنَّه مُتَحَجِّرٌ لِما ليس لمُسْلِمٍ فيه حَقٌّ ، فأشْبَهَ التَّحَجُّرَ فى المَواتِ .

الإنصاف

كانُوا أحقَّ بها ؛ لأنَّها مِلْكُهم بالإحْياءِ ، وعادَتُهم أنْ يرْحَلوا فى كلِّ سنَةٍ ، ثم يُعودُون ، فلا يزُولُ مِلْكُهم عنها بالرَّحيلِ . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقدَّمه

---

(١) العباس بن محمد بن موسى الخلال ، بغدادى ، من أصحاب الإمام أحمد الأولين ، الذين كان يعتد بهم ، وله مسائل عن أبى عبد الله ، يقول فيها : قبل الحبس وبعده . طبقات الحنابلة ٢٣٩/١ .

(٢) فى م : « إلا فى » .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٥٦/٢ . والدارمى ، فى : باب فى الحمى ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٩/٢ .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِحْيَاءُ الْأَرْضِ أَنْ يَحُوزَهَا بِحَائِطٍ ، أَوْ يُجْرِىَ لَهَا مَاءً .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَحِمَه اللهُ : (وإحْياءُ الأرْضِ أن يَحُوزَها بحائِطٍ ، أو يُجْرِىَ لها ماءً) ظاهِرُ كلامِه هٰهُنا ، أنَّ تَحْوِيطَ الأرْضِ إحْياءٌ لها ، سَواءٌ أرادَها للبِناءِ أو للزَّرْعِ ، أو حَظِيرَةً للغَنَمِ ، أو الخَشَبِ . وهو ظاهِرُ كلامِ

الإنصاف

فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : فهو أوْلَى بها فى أصحِّ الوَجْهَيْن . الرَّابعةُ : لو حفَر تَمَلُّكًا ، أو بمِلْكِه الحَىِّ ، فنَفْسُ البِئْرِ مِلْكٌ له . جزَم به الحارِثِىُّ وغيرُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « الرِّعايَةِ » : ملَكَها فى الأقْيَسِ . قال فى « الأحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » : إنِ احْتاجَتْ طيًّا ، ملَكَها بعدَه . وتَبِعه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وقال هو وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » : وإنْ حفَرَها لنَفْسِه تَمَلُّكًا[1] ، فما لم يخْرُجِ الماءُ ، فهو كالشَّارِعِ فى الإحْياءِ ، وإنْ خرَجَ الماءُ ، اسْتَقَرَّ مِلْكُه ، إلَّا أنْ يحْتاجَ إلى طَىٍّ ، فتَمامُ الإحْياءِ بطَيِّها . انتهيا . وتقدَّم ، هل يَمْلِكُ الذى يظْهَرُ فيها ، أم لا ؟

قوله : وإحْياءُ الأرْضِ ؛ أنْ يَحُوزَها بحائِطٍ ، أو يُجْرِىَ لها ماءً ، أو يَحْفُرَ فيها بِئْرًا . مُرادُه بالحائطِ ، أنْ يكونَ مَنِيعًا ، وظاهِرُ كلامِه ، أنَّه سواءٌ أرادَها للبِناءِ ، أو للزَّرْعِ ، أو حَظِيرَةً للغَنَمِ والخَشَبِ ، ونحوِهما . وهذا هو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقطَع به الخِرَقِىُّ ، وابنُ أبِى مُوسَى ، والقاضى ، والشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ . قالَه الزَّرْكَشِىُّ ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم ، وقدَّمَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ،

---

(١) فى ا : « تملكها » .

الشرح الكبير

الخِرَقِيِّ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايَةِ علىِّ بن سعيدٍ ، فقال : الإِحْياءُ : أن يُحَوِّطَ عليها حائِطًا ، أو يَحْفِرَ فيها بِئْرًا أو نَهْرًا . ولا يُعْتَبَرُ فى ذلك تَسْقِيفٌ ، وذلك لِما روَى الحَسَنُ عن سَمُرَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِىَ لَهُ » . رَوَاهُ أبو داودَ ، والإِمامُ أحمدُ فى « مُسْنَدِه »[1] . ورُوِىَ عن [١٦٥/٥ ظ] جابرٍ ، عن النبىِّ ﷺ مثلُه[2] . ولأنَّ الحائِطَ حاجِزٌ مَنِيعٌ ، فكان إحْياءً ، أشْبَهَ ما لو جعَلَها حَظِيرَةً للغَنَمِ . ويُبَيِّنُ هذا أنَّ القَصْدَ لا اعْتِبارَ به ، بدَلِيلِ ما لو أرادَها حَظِيرَةً للغَنَمِ[3] ، فبَناهَا بجِصٍّ وآجُرٍّ وقَسَمَها بُيُوتًا ، فإنَّه يَمْلِكُها . وهذا لا يُصْنَعُ للغَنَمِ مثلُه . ولابُدَّ أن يكونَ الحائِطُ مَنِيعًا يَمْنَعُ ما وراءَه ، ويكونَ ممَّا جَرَتِ العادَةُ بمثلِه . ويَخْتَلِفُ باخْتِلافِ البُلْدانِ ، فإن كان مِمَّا[4] جَرَتْ عادَتُهم

الإنصاف

وغيرِهم. وقيل : إحْياءُ الأَرْضِ ، ماعُدَّ إحْياءً ؛ وهو عِمارَتُها بما تَتَهيَّأُ به لما يُرادُ منها مِن زَرْعٍ أو بناءٍ ، أو إجْراءِ ماءٍ . وهو رِوايةٌ عن أحمدَ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىُّ فى « المُبْهِجِ » ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ ، والمُصَنِّفُ فى « العُمْدَةِ » ، وغيرُهم . وعلى هذا قالوا : يختَلِفُ باخْتِلافِ غَرَضِ المُحْيِى ؛ مِن مَسْكَنٍ ، وحَظِيرةٍ ، وغيرِهما ، فإنْ كان مسْكَنًا ، اعْتُبِرَ بِناءُ حائطٍ بما هو مُعتادٌ أنْ يسْقُفَه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وعلى هذه الرِّوايَةِ ، لا يُعْتَبرُ أنْ يزْرَعَها ويَسْقِيَها ، ولا أنْ يُفَصِّلَها

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/ ١٥٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٢ ، ٢١ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٨١ .

(٣) بعده فى النسخ : « كما لو جعلها حظيرة للغنم » . وانظر المغنى ٨/ ١٧٧ .

(٤) فى م : « ممن » .

الشرح الكبير

بالبِناءِ بالحَجَرِ وَحْدَه ، كأَهْلِ حَوْرَانَ ، أو بالطِّينِ ، كأَهْلِ الغُوطَةِ بدِمَشْقَ ، أو بالخَشَبِ أو القَصَبِ ، كأَهْلِ الغَوْرِ ، كان ذلك إحْياءً . وإن بَناه بأَقْوَى ممّا جَرَتْ به عادَتُهم ، كان أَوْلَى . وقال القاضى : فى صِفَةِ الإحْياءِ رِوايَتانِ ؛ إحْداهُما ، ما ذَكَرْنا . والثّانيةُ ، الإحْياءُ ما تَعارَفه النّاسُ إحْياءً ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَد بتَعْلِيقِ المِلْكِ عليه ، و لم يُبَيِّنْه ، ولا ذَكَر كَيْفِيَّتَه ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ فيه إلى ما كان إحْياءً فى العُرْفِ ، كما أنَّه لَمّا وَرَد باعْتِبارِ القَبْضِ والحِرْزِ و لم يُبَيِّنْ كَيْفِيَّتَه ، كان المَرْجِعُ فيه إلى العُرْفِ ، ولأنَّ الشّارِعَ لو عَلَّقَ الحُكْمَ على مُسَمًّى باسْمٍ ، لتَعَلَّقَ بمُسَمّاه عندَ أَهْلِ اللِّسانِ ، فكذلك[1] يَتَعَلَّقُ الحُكْمُ بالمُسَمَّى إحياءً عندَ أَهْلِ العُرْفِ ،

الإنصاف

تفْصِيلَ الزَّرْعِ ، ويَحُوطَها مِنَ التُّرابِ بحاجزٍ ، ولا أنْ يُقَسِّمَ البُيوتَ إنْ كانت للسُّكْنَى ، فى أصَحِّ الرِّوايتَيْن وأشْهَرِهما . والأُخْرَى ، يُشْترَطُ جميعُ ذلك . ذكَرَها القاضى فى « الخِصالِ » . انتهى . وذكَر القاضى رِوايَةً بعدَمِ اشْتِراطِ التَّسْقِيفِ ، وقطَع به فى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . لا يُعْتَبَرُ فى إحْياءِ الأرْضِ للسُّكْنَى نَصْبُ الأبوابِ على البُيوتِ . وقيل : ما يتكَرَّرُ كلَّ عامٍ ؛ كالسَّقْىِ ، والحَرْثِ ، فليس بإحْياءٍ ، ومالا يتَكَرَّرُ ، فهو إحْياءٌ . قال الحارِثِىُّ : و لم يُورِدْ فى « المُغْنِى » خِلافَه .

تنبيه : قوله : أو يُجْرِىَ لها ماءً . يعْنِى إحْياءَ الأرْضِ ، أنْ يُجْرِىَ لها ماءً ، إنْ كانتْ لا تُزْرَعُ إلَّا بالماءِ . ويحْصُلُ الإحْياءُ أيضًا بالغِراسِ ويَمْلِكُها به . قال فى « الفُروعِ » : ويَمْلِكُه بغَرْسٍ وإجْراءِ ماءٍ . نصَّ عليها[2] .

---

(1) فى م : « فلذلك » .
(2) فى ا : « عليهما » .

الشرح الكبير

ولأنَّ النبيَّ ﷺ لا يُعلِّقُ الحُكْمَ على ما ليس إلى مَعْرِفَتِه طَرِيقٌ ، فلَمّا لم يُبيِّنْه ، تَعيَّنَ العُرْفُ طَرِيقًا لمَعْرِفَتِه ، إذ ليس له طَرِيقٌ سِواه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ الأرْضَ تُحْيَى دارًا للسُّكْنَى ، وحَظِيرَةً ، ومَزْرَعَةً . فإحْياءُ كلِّ واحِدَةٍ مِن ذلك بما تَتَهَيَّأُ به للانْتِفاعِ الذى أُرِيدَتْ له . فأمّا الدّارُ ، فبأن يَبْنِىَ حِيطانَها بما جَرَتْ به العادَةُ ، ويُسَقِّفَها ؛ لأنَّها لا تَصْلُحُ للسُّكْنَى إلَّا بذلك . والحَظِيرَةُ إحْياؤُها بحائطٍ جَرَتْ به العادَةُ لِمثْلِها ، وليس مِن شَرْطِها التَّسْقِيفُ ؛ لأنَّ العادَةَ لم تَجْرِ به ، وسَواءٌ أرادَها حَظِيرَةً للماشِيَةِ ، أو للخَشَبِ ، أو للحَطَبِ ، أو نحوِ ذلك . فإن جَعَل عليها خَنْدَقًا ، لم يَكُنْ إحياءً ؛ لأنَّه ليس بحائطٍ ولا عِمارَةٍ ، إنَّما هو حَفْرٌ وتَخْرِيبٌ ، وكذلك إن حاطَها بشَوْكٍ وشِبْهِه ، لا يكونُ إحياءً ، ويكونُ تَحَجُّرًا ، لأنَّ المُسافِرَ قد يَنْزِلُ مَنْزِلًا [٥/١٦٦و] ويُحَوِّطُ على رَحْلِه بنحوٍ مِن ذلك ، ولو نَزَل مَنْزِلًا فنَصَبَ فيه بَيْتَ شَعَرٍ أو خَيْمَةً ، لم يكنْ إحْياءً . وإن أرادَها للزِّراعَةِ ، فبأنْ يُهَيِّئَها لإمْكانِ الزَّرْعِ فيها ، فإن كانت لا تُزْرَعُ إلَّا بالماءِ ، فبأنْ يسُوقَ إليها ماءً مِن نَهْرٍ أو بِئْرٍ ، وإن كان المانِعُ مِن زَرْعِها كَثْرَةَ الأحْجارِ ، كأرْضِ

الإنصاف

فائدة : فإنْ كانتِ الأرْضُ ممَّا لا يُمْكِنُ زَرْعُها إلَّا بحَبْسِ الماءِ عنها ، كأرْضِ البَطائحِ ، ونحوِها ، فإحْياؤُها بسَدِّ الماءِ عنها ، وجَعْلِها بحالٍ يُمْكِنُ زَرْعُها . وهذا مُسْتَثْنَى مِن كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، ممَّن لم يَسْتَثْنِه . ولا يحْصُلُ الإحْياءُ بمُجَرَّدِ الحَرْثِ ، والزَّرْعِ . قيل لأحمدَ : فإنْ كرَب حوْلَها ؟ قال : لا يسْتَحِقُّ ذلك حتى يُحِيطَ .

الشرح الكبير

اللَّجاةِ[1] ، فإحياؤُها بقَلْعِ أحْجارِها وتَنْقِيَتِها حتى تَصْلُحَ للزَّرْعِ ، وإن كانت غِياضًا وأشْجارًا ، كأَرْضِ الشِّعْرَى[2] ، فبأنْ يَقْلَعَ أشْجارَها ، ويُزِيلَ عُرُوقَها المانِعَةَ مِن الزَّرْعِ . وإن كانت ممّا لا يُمْكِنُ زَرْعُه إلَّا بحَبْسِ الماءِ عنه ، كأرْضِ البَطائِحِ ، فإحياؤُها بسَدِّ الماءِ عنها وجَعْلِها بحالٍ يُمْكِنُ زَرْعُها ؛ لأنَّ بذلك يُمْكِنُ الانْتِفاعُ بها فيما أرادَها له ، مِن غيرِ حاجَةٍ إلى تَكْرارِ ذلك فى كلِّ عامٍ ، فكان إحياءً ، كسَوْقِ الماءِ إلى أرْضٍ لا ماءَ لها . ولا يُعْتَبَرُ فى إحْياءِ الأرْضِ حَرْثُها ، ولا زَرْعُها ؛ لأنَّ ذلك ممّا يتكَرَّرُ كلَّما أراد الانْتِفاعَ بها ، فلم يُعْتَبَرْ فى الإحْياءِ ، كسَقْيِها ، وكالسُّكْنَى فى البُيُوتِ ، ولا يَحْصُلُ الإحْياءُ بذلك إذا فعَلَه بمُجَرَّدِه ؛ لِما ذَكَرْنا . ولا يُعْتَبَرُ فى إحْياءِ الأرْضِ للسُّكْنَى نَصْبُ الأبْوابِ على البُيُوتِ . وبه قال الشافعىُّ فيما ذَكَرْنا فى الرِّوايَةِ الثانيةِ ، إلَّا أنَّ له وَجْهًا فى أنَّ حَرْثَها وزَرْعَها إحياءٌ لها ، وأنَّ ذلك مُعْتَبَرٌ فى إحْيائِها لا يَتِمُّ بدُونِه ، وكذلك نَصْبُ الأبْوابِ على البُيُوتِ ؛ لأنَّه ممّا جَرَتِ العادَةُ به ، أشْبَهَ السَّقْفَ . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لِما ذَكَرْنا ، ولأنَّ السُّكْنَى مُمْكِنَةٌ بدُونِ نَصْبِ الأبْوابِ ، فأشْبَهَ تَطْيِينَ سُطُوحِها وتَبْيِيضَها .

(1) فى م : « الحجاز » .
واللَّجاة : اسم للحَرَّة السوداء التى بأرض صَلْخَد من نواحى الشام ، فيها قرى ومزارع وعمارة واسعة . معجم البلدان ٤/٣٥٠ .

(2) الشعرى : جبل عند حرة بنى سليم .

المقنع

وَإِنْ حَفَرَ بِئْرًا عَادِيَّةً ، مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسِينَ ذِرَاعًا . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا .

الشرح الكبير

٢٤٧٣ – مسألة : (وإن حفر بِئْرًا عادِيَّةً ، مَلَك حَرِيمَها خَمْسِين ذِرَاعًا . وإن لم تكنْ عادِيَّةً ، فحَرِيمُها خمسةٌ وعِشْرُون) البِئْرُ العادِيَّةُ ، بتَشْدِيدِ الياءِ : القَدِيمَةُ ، مَنْسُوبَةً إلى عادٍ . ولم يُرِدْ عادًا بعَيْنِها ، لكنْ لَمّا كانت عادٌ فى الزَّمَنِ الأوَّلِ ، وكانت لها آثارٌ فى الأرْضِ ، نُسِب إليها كلُّ قَدِيمٍ . فكلُّ مَن سَبَق إلى بِئْرٍ عادِيَّةٍ كان أحَقَّ بها ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إليه مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ »[1] . وله حَرِيمُها خَمْسُون ذِراعًا مِن كلِّ جانِبٍ . وإن حَفَر بِئْرًا فى مَواتٍ للتَّمْلِيكِ ، فله حَرِيمُها خَمْسَةٌ [١٦٦/٥ظ] وعِشْرُون ذِراعًا مِن كلِّ جانِبٍ . نَصَّ أحمدُ على هذا فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، وعبدِ اللهِ . واخْتارَه أكْثَرُ أصْحابِنا . وقال

الإنصاف

قوله : وإنْ حفَر بِئْرًا عادِيَّةً ، ملَك حَرِيمَها ، خَمْسِين ذِراعًا ، وإنْ لم تكُنْ عادِيَّةً ، فحَرِيمُها خمسةٌ وعشرون ذِراعًا [٢٢٤/٢ظ] . يعْنِى ، مِن كلِّ جانِبٍ فيهما . وهذا المذهبُ فيهما . نصَّ عليه فى روايةِ حَرْبٍ ، وعبدِ اللهِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : اخْتارَه أكثرُ الأصحابِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : هذا المَشْهورُ . قال الحارِثِىُّ : هذا المَشْهورُ عن أبِى عبدِ اللهِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : نصَّ عليه . واخْتارَه الخِرَقِىُّ ، والقاضى فى « التَّعْليقِ » ، والشَّريفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والشِّيرازِىُّ ، والشَّيْخان ، وغيرُهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . قال ناظِمُها :

---

(١) تقدم تخريجه فى ٢٩١/٥ .

الشرح الكبير

القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : ليس هذا على طَرِيقِ التَّحْدِيدِ ، بل حَرِيمُها فى الْحَقِيقَةِ ما يَحْتاجُ إليه فى تَرْقِيَةِ مائِها منها ، فإن كان بدُولابٍ فقَدْرُ مَدَارِ[1] الثَّوْرِ أو غيرِه ، وإن كان بساقِيَةٍ ، فبقَدْرِ طُولِ البِئْرِ ؛ لما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « حَرِيمُ البِئْرِ مَدُّ[2] رِشَائِها » . أخْرَجَه ابنُ ماجه[3] . ولأنَّه المَكانُ الذى تَمْشِى إليه البَهِيمَةُ . وإن كان يَسْتَقِى منها بيَدِه ، فبِقَدْرِ ما يَحْتاجُ إليه الواقِفُ عندَها . وإن كان المُسْتَخْرَجُ عَيْنًا ،

الإنصاف

بحَفرِ بِئْرٍ فى مَواتٍ يُمْلَكُ حَرِيمُها معها بذَرْعٍ يُسْلَكُ
فخَمْسَةٌ تُمْلَكُ والعِشْرون وإنْ تكُنْ عادِيَّةً خَمْسون

وعنه ، التَّوَقُّفُ فى التَّقْديرِ . نقَلَه حَرْبٌ . قالَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، ومَن تَبِعَهم . قال الحارِثِىُّ : وهو غلَطٌ . قال : ولو تأَمَّلُوا النَّصَّ بكَمالِه مِن مَسائِلِ حَرْبٍ ، والخَلَّالِ ، لما قالوا ذلك . وعندَ القاضى ، حَرِيمُها[4] قَدْرُ مَدِّ رِشائها مِن كلِّ جانبٍ . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، وذكَر أنَّه الصَّحِيحُ . قال فى « التَّلْخيصِ » : اخْتارَه القاضى[5] ، وجماعَةٌ . قال الحارِثِىُّ : وأخْشَى أنْ يكونَ كلامُ القاضى هنا ما حَكَيْناه فى « المُجَرَّدِ » الآتِى المُوافِقِ لاخْتِيارِ أبى الخَطَّابِ . وقيل : قَدْرُ ما يحْتاجُ إليه فى تَرْقِيَةِ مائِها . واخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وأبو

(١) فى م : « مد » .
(٢) فى الأصل : « قدر » .
(٣) فى : باب حريم البئر ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٣١ .
(٤) سقط من : ط .
(٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فَحَرِيمُها القَدْرُ الذى يَحْتاجُ إليه صَاحِبُها للانْتِفاعِ بها[1] ، ولا يَسْتَضِرُّ بأَخْذِه منه ، ولو كان أَلْفَ ذِراعٍ . وحَرِيمُ النَّهْرِ مِن جانِبَيْه ما يَحْتاجُ إليه لطَرْحِ كِرايَتِه[2] بحُكْمِ العُرْفِ ؛ وذلك أنَّ هذا إنَّما ثَبَت للحاجَةِ ، فيَنْبَغِى أن تُراعَى فيه الحاجَةُ دُونَ غيرِها . وقال أبو حنيفةَ : حَرِيمُ البِئْرِ أَرْبَعُون ذِراعًا ، وحَرِيمُ العَيْنِ خَمْسُمائَةِ ذِراعٍ ؛ لأنَّ أبا هُرَيْرَةَ رَوَى أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « حَرِيمُ البِئْرِ أَرْبَعُونَ ذِراعًا لأَعْطانِ الإِبِلِ والغَنَمِ » . وعن الشَّعْبِىِّ مثلُه . رَواه أبو عُبَيْدٍ[3] . ولَنا ، ما رَوَى الدّارَقُطْنِىُّ[4]

الإنصاف

الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، والشَّارِحُ : وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : ليس هذا الذَّرْعُ المذْكُورُ على سَبيلِ التَّحْديدِ ، بل حَرِيمُها ، على الحقيقَةِ ، ما تَحْتاجُ إليه مِن تَرْقِيَةِ مائِها منها ؛ فإنْ كان بدُولابٍ ، فقَدْرُ مَدارِ الثَّوْرِ أو غيرِه ، وإنْ كان بسانِيَةٍ ، فقَدْرُ طُولِ البِئْرِ ، وإنْ كان يَسْتَقِى منها بيَدِه ، فبِقَدْرِ ما يحْتاجُ إليه الواقِفُ عندَها . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . وقيل : إنْ كان قَدْرُ الحاجةِ أَكْثَرَ ، فهو حَرِيمُها ، وإنْ كان التَّحْديدُ المذكورُ أَكْثَرَ ، فهو حَرِيمُها . ذكَرَه القاضى فى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » . واخْتارَه القاضى أبو الحُسَيْنِ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بكْروسٍ . وعندَ أبِى محمدٍ الجَوْزِىِّ ، إنْ حفَرَها

---

(١) سقط من : م .

(٢) الكراية : ما يخرج من حفر النهر .

(٣) فى : باب إحياء الأرض واحتجارها ... ، الأموال ٢٩١ . عن أبى هريرة والشعبى .
كما أخرجه الإمام أحمد عن أبى هريرة ، فى : المسند ٢/٤٩٤ .

(٤) فى : كتاب الأقضية . سنن الدارقطنى ٤/٢٢٠ . وقال : الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب ، ومن أسنده فقد وهم .

الشرح الكبير

والخَلّالُ بإسْنادِهما عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « حَرِيمُ البِئْرِ البَدِىءِ[1] خَمْسٌ وعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وَحَرِيمُ البِئْرِ الْعَادِىِّ خَمْسُونَ ذِرَاعًا » . وهذا نَصٌّ . وروَى أبو عُبَيْدٍ[2] بإسْنادِه ، عن يَحْيَى بن سعيدٍ الأنصارِىِّ أنَّه قال : السُّنَّةُ فى حَرِيمِ القَلِيبِ العادِىِّ خَمْسُون ذِراعًا ، والبَدِىءِ خَمْسٌ وعِشْرُون ذِراعًا . وبإسْنادِه[2] عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، قال : حَرِيمُ البِئْرِ البَدِىءِ خَمْسٌ وعِشْرُون ذِراعًا مِن نَواحِيها كلِّها ، وحَرِيمُ بِئْرِ الزَّرْعِ ثَلاثُمائةِ ذِراعٍ مِن نَواحِيها كلِّها ، وحَرِيمُ البِئْرِ العادِىِّ خَمْسُونَ ذِراعًا

الإنصاف

فى مَواتٍ ، فحَرِيمُها خَمْسَةٌ وعِشْرون ذِراعًا مِن كلِّ جانبٍ ، وإنْ كانت كبيرةً ، فخَمْسون ذِراعًا .

فائدة : البِئْرُ العادِيَّةُ ، بتَشْديدِ الياءِ ؛ وهى القَدِيمَةُ . نقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ ، منْسُوبَةً إلى عادٍ ، ولم يُرِدْ عادًا بعَيْنِها ، لكن لمَّا كانت عادٌ فى الزَّمَنِ الأوَّلِ ، وكانتْ لها آبارٌ فى الأرْضِ ، نُسِبَ إليها كلُّ قديمٍ . وعندَ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ ، العادِيَّةُ ؛ هى التى أُعِيدَتْ . ونقَل حَرْبٌ وغيرُه ، العادِيَّةُ ؛ هى التى لم تَزَلْ ، وأنَّه ليس لأحَدٍ دُخولُه ؛ لأنَّه قد ملَكَه .

فوائد ؛ منها ، حريمُ العَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِراعٍ . نصَّ عليه مِن روايةِ غيرِ واحِدٍ . وقالَه القاضى فى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، وابنُ بكْروسٍ ، وصاحبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . قالَه الحارِثِىُّ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : قَدْرُ

---

(١) البدىء : المبتدأ حفره ، أى المحدث .

(٢) فى : باب إحياء الأرضين واحتجارها ... الأموال ٢٩٢ .

الشرح الكبير

مِن نواحِيها كلِّها . ولأنَّه مَعْنًى يُمْلَكُ به المَواتُ ، فلا يَقِفُ على قَدْرِ الحاجَةِ ، كالحائِطِ ، ولأنَّ الحاجَةَ إلى البِئْرِ لا تَنحَصِرُ فى تَرْقِيَةِ الماءِ ، فإنَّه يَحْتاجُ إلى ما حَوْلَه عَطَنًا لإبِلِه ، ومَوْقِفًا لدَوابِّه وغَنَمِه ، ومَوْضِعًا يَجْعَلُ فيه أَحْواضًا يَسْقِى منها ماشِيَتَه ، ومَوْقِفًا لدابَّتِه [٥/١٦٧و] التى يَسْتَقِى عليها ، وأشْباهِ ذلك ، فلم يَخْتَصَّ الحَرِيمُ بما يَحْتاجُ إليه فى تَرْقِيَةِ الماءِ . فأمَّا حديثُ أبى حنيفةَ فحَدِيثُنا أصَحُّ منه ، وراوِيهما[1] أبو هُرَيْرَةَ ، فيَدُلُّ على ضَعْفِه .

الإنصاف

الحاجَةِ ، ولو كان ألْفَ ذِراعٍ . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، وغيرُهم . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه جماعةٌ . ومنها ، حَرِيمُ النَّهْرِ مِن جانِبَيْه ، ما يحْتاجُ إليه لطَرْحِ كِرايَتِه ، وطَرِيقُ شاوِيَّة ، وما يسْتَضِرُّ صاحِبُه بتمَلُّكِه عليه ، وإنْ كثُرَ[2] . قال فى « الرِّعايَةِ » : وإنْ كان بجَنْبِه مُسَنَّاةٌ لغيرِه ، ارْتفقَ فى ذلك ضَرورَةً ، وله عمَلُ أحْجارِ طَحْنٍ على النَّهْرِ ، ونحوِه ، ومَوْضِعِ غَرْسٍ ، وزَرْعٍ ، ونحوِهما . انتهى . وقال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : ومَن حفَر عَيْنًا ، ملَك حرِيمَها خَمْسَمِائَةِ ذِراعٍ . وقيل : بل قَدْرُ الحاجَةِ . قلتُ : وكذا النَّهْرُ . وقيل : بل ما يحْتاجُه لتَنْظِيفِه . انتهى . ومنها ، حريمُ القَناةِ ، والمذهبُ أنَّه كحَرِيمِ العَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِراعٍ . قالَه الحارِثِىُّ ، وقال : واعْتَبرَه القاضى فى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » بحريمِ النَّهْرِ . ومنها ، حريمُ الشَّجَرِ قَدْرُ مَدِّ أغْصانِها . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه . ومنها ، حريمُ الأرْضِ التى للزَّرْعِ ، ما

---

(١) فى م : « رواهما » .

(٢) فى الأصل : « كان » .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف يحْتاجُه فى سَقْيِها ، ورَبْطِ دَوابِّها ، وطَرْحِ سَبَخِها ، وغيرِ ذلك . وحريمُ الدَّارِ مِن مَواتٍ حوْلَها ، مَطْرَحُ التُّرابِ ، والكُناسَةِ والثَّلجِ ، وماءِ المِيزابِ ، والمَمَرُّ إلى البابِ . ولا حريمَ لدارٍ مَحْفوفَةٍ بمِلْكِ الغيرِ . ويتَصَرَّفُ كلُّ واحدٍ فى مِلْكِه ، ويَنْتَفِعُ به ، على ما جرَتِ العادَةُ عُرْفًا ، فإنْ تعَدَّى ، مُنِعَ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال فى « المُغْنِى »[1] ، ومَن تابَعه : إنْ سبَق إلى شجَرٍ مُباحٍ ؛ كالزَّيْتُونِ ، والخَرُّوبِ ، فَسَقاه وأصْلَحَه ، فهو أحقُّ به ، كالمُتحَجِّرِ الشَّارِعِ فى الإحْياءِ ، فإنْ طَعِمَه ، ملَكَه ، وحَريمُه تَهَيُّؤُه لما يُرادُ منه . الثَّانيةُ ، لو أذِنَ لغيرِه فى عمَلِه فى مَعْدِنِه ، والخارِجُ له ، بغيرِ عِوَضٍ ، صحَّ ؛ لقَوْلِ أحمدَ : بِعْه بكذَا ، فما زادَ فلك . وقال المَجْدُ : فيه نظَرٌ ؛ لكَوْنِه هِبَةَ مَجْهولٍ . ولو قال : على أنْ يُعْطِيَهم ألْفًا ممَّا لَقِىَ ، أو مُناصَفَةً ، والبَقِيَّةُ له . فنقَلَ حَرْبٌ ، أنَّه لم يُرَخِّصْ فيه . ولو قال : على أنَّ ما رزَق اللهُ بيننا . فوَجْهانِ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ[2] . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ [٢/٢٢٥و] فى « شَرْحِه » . قال الحارِثِىُّ : أظْهَرُهما الصِّحَّةُ . قال القاضى : هو قِياسُ المذهبِ . ولم يُورِدْ سِواه ، وذكَر فيه نصَّ أحمدَ ، إذا قال : صُفَّ لى هذا الزَّرْعَ ، على أنَّ لك ثُلُثَه ، أو رُبْعَه . أنَّه يصِحُّ . انتهى . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ[3] .

---

(١) المغنى ١٨١/٨ .

(٢) فى ا : « لا يصح » .

(٣) سقط من : الأصل .

المقنع

وَعِنْدَ الْقَاضِى ، حَرِيمُهَا قَدْرُ مَدِّ رِشَائِهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . وَقِيلَ : بِقَدْرِ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِى تَرْقِيَةِ مَائِهَا .

وَقِيلَ : إِحْيَاءُ الْأَرْضِ مَاعُدَّ إِحْيَاءً ، وَهُوَ عِمَارَتُهَا بِمَا تَتَهَيَّأُ بِهِ لِمَا يُرَادُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ بِنَاءٍ . وَقِيلَ : مَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ عَامٍ ؛ كَالسَّقْىِ ، وَالْحَرْثِ ، فَلَيْسَ بِإِحْيَاءٍ ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ فَهُوَ إِحْيَاءٌ .

الشرح الكبير

٢٤٧٤ – مسألة : (وقِيلَ : حَرِيمُها قَدْرُ مَدِّ رِشائِها مِن كلِّ جانِبٍ) لِما ذَكَرنا مِن الحديثِ . إذا ثَبَت ذلك ، فإنَّ ظاهِرَ كَلامِه فى هذا الكِتابِ ، وظاهِرَ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه يَمْلِكُ حَرِيمَ البِئْرِ . ونُقِل عن الشافعىِّ . وقال القاضى : بل يكونُ أحَقَّ به .

٢٤٧٥ – مسألة : (وقِيلَ : إحْياءُ الأرْضِ ما عُدَّ إحْياءً ، وهو عِمارَتُها بما تَتَهَيَّأُ به لِما يُرادُ منها) وقد ذَكَرْنا ذلك (وقِيلَ : ما يَتَكَرَّرُ كلَّ عامٍ ؛ كالسَّقْىِ ، والحَرْثِ ، فليس بإحْياءٍ ، وما لا يَتَكَرَّرُ فهو إحْياءٌ) لأنَّ العُرْفَ أنَّ حَرْثَ الأرْضِ مَرَّةً ليس بإحْياءٍ ، وأنَّ عَمَلَ الحائطِ عليها ونحوِه إحْياءٌ . وللشافعىِّ وَجْهٌ فى أنَّ الزَّرْعَ والحَرْثَ إحْياءٌ . وقد ذَكَرْناه . فإن كانت كثيرَةَ الدَّغَلِ[1] والحَشيشِ ، كالمُرُوجِ التى لا يُمْكِنُ زَرْعُها إلَّا بتَكْرارِ حَرْثِها وتَنْقِيَةِ دَغَلِها وحَشِيشِها المانِعِ مِن زَرْعِها ، كان إحْياءً على قِياسِ ما ذَكَرْنا أوَّلًا .

الإنصاف

....

(١) الدغل : اشتباك النبات وكثرته .

الشرح الكبير

فصل : ولابُدَّ أن يكونَ البِئْرُ فيها ماءٌ ، فإن لم تَصِلْ إلى الماءِ ، فهو كالمُتَحجِّرِ الشّارِعِ فى الإحْياءِ ، على ما نَذْكُرُه . وقَوْلُه : ومَن حَفَر بِئْرًا عادِيَّةً . يُحْمَلُ على البِئْرِ التى انطَمَّتْ وذَهَب ماؤُها ، فجَدَّدَ حَفْرَها وعِمارَتَها ، أو انْقطَعَ ماؤُها ، فاسْتَخْرَجَه ، ليكونَ ذلك إحْياءً لها . فأمّا البِئْرُ التى لها ماءٌ يَنْتَفِعُ به المسلمون ، فليس لأحَدٍ احْتِجارُه ومَنْعُه ؛ لأنّه بمَنْزِلَةِ المَعادِنِ الظّاهِرَةِ التى يَرْتَفِقُ بها النّاسُ ، وهكذا العُيُونُ النّابِعَةُ ، ليس لأحَدٍ أن يَخْتَصَّ بها . ولو حَفَر رجلٌ بِئْرًا للمسلمين يَنْتَفِعُونَ بها ، أو يَنْتَفِعُ بها مُدَّةَ إقامَتِه عندَها ثم يَتْرُكُها ، لم يَمْلِكْها ، وكان له الانْتِفاعُ بها ، فإذا تَرَكَها كانت للمسلمين كلِّهم ، كالمَعادِنِ الظّاهِرَةِ ، وهو أحَقُّ بها ما دام مُقِيمًا عندَها ؛ لأنّه سابِقٌ إليها ، فهو كالمُتَحَجِّرِ الشّارِعِ فى الإحْياءِ .

فصل : وإذا كان لإنْسانٍ شَجَرَةٌ فى مَواتٍ ، فله حَرِيمُها قَدْرَ ما تَمُدُّ إليه أغْصانَها حوالَيْها ، وفى النَّخْلَةِ مَدُّ جَرِيدِها ؛ لِما رَوَى أبو سعيدٍ قال : اخْتُصِمَ إلى [١٦٧/٥ظ] النبىِّ ﷺ فى حَرِيمِ نَخْلَةٍ ، فأمَرَ بجَرِيدَةٍ مِن جَرائِدِها فذُرِعَتْ ، فكانت سَبْعَةَ أذْرُعٍ أو خَمْسَةَ أذْرُعٍ ، فقَضَى بذلك . رَواه أبو داودَ[1] . وإن غَرَس شَجَرَةً فى مَواتٍ ، فهى له وحَرِيمُها ، وإن سَبَق إلى شَجَرٍ مُباحٍ ؛ كالزَّيْتُونِ ، والخَرُّوبِ ، فسَقاه وأصْلَحَه ، فهو له ، كالمُتَحَجِّرِ الشّارِعِ فى الإحْياءِ ، فإن طَعَمَه[2] مَلَكه

الإنصاف ....

(١) فى : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٨٤ .

(٢) فى الأصل : « ركبه » .

الشرح الكبير

بذلك وحَرِيمَه ؛ لأنَّه تَهَيَّأَ للانْتِفاعِ به لِما يُرادُ منه ، فهو كسَوْقِ الماءِ[1] إلى الأرْضِ المَواتِ ، ولقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[2] .

فصل : ومَن كانت له بِئْرٌ فيها ماءٌ ، فحَفَرَ آخَرُ قَرِيبًا منها بِئْرًا يَنْسَرِقُ إليها ماءُ البِئْرِ الأُولَى ، فليس له ذلك ، سَواءٌ كان مُحْتَفِرُ الثانيةِ فى مِلْكِه ؛ مثلَ رَجُلَيْن مُتَجاوِرَيْن فى دارَيْن ، حَفَر أحَدُهما فى دارِه بِئْرًا ، ثم حَفَر[3] الآخَرُ بِئْرًا أعْمَقَ منها ، فسَرَى إليها ماءُ الأُولَى ، أو كانتا فى مَواتٍ ، فسَبَق أحَدُهما فحَفَرَ بِئْرًا ، ثم جاء آخَرُ فحَفَر قَرِيبًا منها بِئْرًا تَجْتَذِبُ ماءَ الأُولَى . ووافَقَ الشافعىُّ فى هذه الصُّورَةِ الثانيةِ ؛ لأنَّه ليس له أن يَبْتَدِئَ مِلْكَه على وَجْهٍ يَضُرُّ بالمالِكِ قبلَه . وقال فى الأُولَى : له ذلك ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ مُباحٌ فى مِلْكِه ، فجازَ له فِعْلُه ، كتَعْلِيَةِ دارِه . وهكذا الخِلافُ فى كلِّ ما يُحْدِثُه الجارُ ممّا يَضُرُّ بجارِه ، مثلَ أن يَجْعَلَ دارَه مَدْبَغَةً أو حَمّامًا يَضُرُّ بعَقارِ جارِه بِحَمْىِ نارِه ورَمادِه ودُخَانِه ، أو يَحْفِرَ فى أصْلِ حائِطِه حُشًّا[4] يتأَذَّى جارُه برائِحَتِه وغيرِها ، أو يَجْعَلَ دارَه مَخْبزًا فى وَسَطِ العَطّارِين ، ونحوه ممّا يُؤْذِى جارَه. وقال الشافعىُّ: له ذلك كلُّه. ورُوِىَ ذلك عن أحمدَ. وهو قولُ بعضِ الحَنَفِيَّةِ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ مُباحٌ فى مِلْكِه، أشْبَهَ بِناءَه ونَقْضَه. ولَنا،

الإنصاف ....

(١) فى م : « المال » .
(٢) تقدم تخريجه فى ٥/٢٩١ .
(٣) سقط من : م .
(٤) الحش : بيت الخلاء .

المقنع وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا [١٤٨و] لَمْ يَمْلِكْهُ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَوَارِثُهُ بَعْدَهُ ، وَمَنْ يَنْقُلُهُ إِلَيْهِ ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُهُ . وَقِيلَ : لَهُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير قولُ النبيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ »[١] . ولأنَّه إحْداثُ ضَرَرٍ بجارِه ، فلم يَجُزْ ، كالدَّقِّ الذى يَهُزُّ الحِيطانَ ويُخَرِّبُها ، وكإلْقاءِ السَّمادِ والتُّرابِ فى أصْلِ حائِطِه على وَجْهٍ يَضُرُّ به . ولو كان لرجُلٍ مَصْنَعٌ ، فأراد جارُه غَرْسَ شَجَرَةٍ ممّا تَسْرِى [٥/١٦٨و] عُرُوقُه فتَشُقُّ حائِطَ مَصْنَعِ جارِه وتُتْلِفُه ، لم يَمْلِكْ ذلك ، وكان لجارِه مَنْعُه ، وقَلْعُها إن غَرَسَها . ولو كان هذا الذى حَصَل منه الضَّرَرُ سابِقًا ، مثلَ مَن له فى مِلْكِه مَدْبَغَةٌ أو مَقْصَرَةٌ ، فأحْيا إنْسانٌ إلى جانِبِه مَواتًا ، وبَناه دارًا ، فتَضَرَّرَ بذلك ، لم يَلْزَمْه إزالَةُ الضَّرَرِ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه لم يُحْدِثْ ضَرَرًا .

٢٤٧٦ – مسألة : (ومَن تَحَجَّرَ مَواتًا ، لم يَمْلِكْه ، وهو أحَقُّ به ، وَوَارِثُه مِن بعدِه ، ومَن يَنْقُلُه إليه . وليس له بَيْعُه . وقِيلَ : له ذلك) تَحَجُّرُ المَواتِ الشُّروعُ فى إحْيائِه ، مثلَ أن يُدِيرَ حَوْلَ الأرْضِ تُرابًا أو أحْجارًا ، أو يُحِيطَها بجِدارٍ صَغِيرٍ ، لم يَمْلِكْها بذلك ؛ لأنَّ المِلْكَ بالإحْياءِ ، وليس هذا إحْياءً ، لكنْ يَصِيرُ أحَقَّ الناسِ به ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْه مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . رَواه أبو

الإنصاف قوله : ومَن تَحَجَّرَ مَواتًا ، لم يَمْلِكْه . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . قال الحارِثِىُّ : المَشْهورُ عن أحمدَ ، عدَمُ الاسْتِقْلالِ . انتهى . وعليه الأصحابُ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٣٦٨ .

الشرح الكبير

داودَ[1] . فإن مات ، فوارثُه أحَقُّ به ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا ، فَهُوَ لِوَرَثَتِه »[2] . فإن نَقَلَه إلى غيرِه ، صار الثَّانِى أحَقَّ به ؛ لأنَّ صاحِبَه أقامَه مُقامَه . وليس له بَيْعُه . فإن باعَهُ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُه ، فلم يَمْلِكْ بَيْعَه ، كحَقِّ الشُّفْعَةِ قبلَ الأخْذِ به ، وكمَنْ سَبَقَ إلى مَعْدِنٍ أو مُباحٍ قبلَ أخْذِه . وقِيلَ : له بَيْعُه ؛ لأنَّه أحَقُّ به .

الإنصاف

قال الحارِثِىُّ : وعن أحمدَ رِوايةٌ بإفادَةِ[3] المِلْكِ . وهو الصَّحيحُ . انتهى .

قوله[4] : وهو أحقُّ به ، ووارِثُه بعدَه ومَن ينَقُلُه إليه . بلا نِزاعٍ .

وقوله : وليس له بَيْعُه . هو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : يجوزُ له بيْعُه . وهو احْتِمالٌ لأبِى الخَطَّابِ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » .

تنبيه : قال الحارِثِىُّ عن القَوْلِ الذى حَكاه المُصَنِّفُ : قد يُرادُ به إفادَةُ التَّحَجُّرِ للمِلْكِ ، وقد يُرادُ به الجَوازُ مع عدَمِ المِلْكِ ، وهو ظاهِرُ إيرادِ الكِتابِ ، وإيرادِ أبِى الخَطَّابِ ، فى كِتابِه . قال : والتَّجْوِيزُ مع عدَمِ المِلْكِ مُشْكِلٌ جِدًّا . وهو كما قال .

(١) تقدم تخريجه فى ٥/٢٩١ .
(٢) تقدم تخريجه فى ٦/١٨٨ .
(٣) فى ا : « أنه ما أفاده » .
(٤) سقط من : ط .

المقنع فَإِنْ لَمْ يُتِمَّ إِحْيَاءَهُ ، قِيلَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُحْيِيَهُ أَوْ تَتْرُكَهُ .

الشرح الكبير **٢٤٧٧** – مسألة : (فإن لم يُتِمَّ إحْياءَه ، قِيلَ له : إمّا أن تُحْيِيَه ، وإمّا أن تَتْرُكَه) إذا طالَتِ المُدَّةُ بعدَ التَّحجُّرِ ، و لم يُحْيِه ، فيَنْبَغِى أن يَقُولَ له[1] السُّلْطانُ : إمّا أن تُحْيِيَه أو تَتْرُكَه ليُحْيِيَه غيرُك ؛ لأنَّه ضَيَّقَ على النّاسِ فى حَقٍّ مُشْتَرَكٍ بينَهم ، فلم يُمَكَّنْ مِن ذلك ، كما لو وَقَفَ فى طَرِيقٍ ضَيِّقٍ ، أو مَشْرَعَةِ ماءٍ ، أو مَعْدِنٍ لا يَنْتَفِعُ به ، ولا يَدَعُ غيرَه .

الإنصاف **فائدة** : تحَجُّرُ المَواتِ ؛ هو الشُّروعُ فى إحْيائِه ، مثلَ أنْ يُديرَ حَوْلَ الأرْضِ تُرابًا أو أحْجارًا ، أو يُحيطَها بجِدارٍ صغيرٍ ، أو يحْفرَ بِئْرًا لم يصِلْ إلى مائِها . نقلَه حَرْبٌ ، وقالَه الأصحابُ . أو يَسْقِىَ شَجَرًا مُباحًا ، ويُصْلِحَه ، ولم يَرْكَبْه ، فإنْ رَكِبَه ، مَلَكَه ، كما تقدَّم . وملَكَ حَرِيمَه ، وكذا لو أُقْطِعَ[2] مَواتًا ، لم يمْلِكْه ، على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ .

قوله : فإنْ لم يتِمَّ إحْياؤُه . يعْنِى[3] ، وطالَتِ المُدَّةُ ، كما صرَّح به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وغيرُهم ، قيل له : إمَّا أنْ تُحْيِيَه أو تَتْرُكَه . فإنْ طلَب الإمْهالَ ، أُمْهِلَ الشَّهْرَيْن والثَّلاثَةَ . وهكذا قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » : ويُمْهَلُ شَهْرَيْن . وقيل : ثلاثةً . وقال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ،

(١) سقط من : م .
(٢) فى الأصل ، ا : « قطع » .
(٣) سقط من : ط .

المقنع

فَإِنْ طَلَبَ الْإِمْهَالَ ، أُمْهِلَ الشَّهْرَيْنِ ، وَالثَّلَاثَةَ ، فَإِنْ أَحْيَاهُ غَيْرُهُ فَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٧٨ – مسألة : (فإن طَلَبَ الإمْهالَ ، أُمْهِلَ) مُدَّةً قَرِيبَةً ؛ كالشَّهْرَيْن ، والثَّلاثَةِ ، ونحوِها ؛ لأنَّه يَسِيرٌ . فإن بادَرَ غيرُه فأحْياهُ فى مُدَّةِ المُهْلَةِ أو قبلَ ذلك ، مَلَكَه بالإحْياء ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . لأنَّ الإحْياءَ يُمْلَكُ به ، والتَّحَجُّرَ لا يُمْلَكُ به ، فيَثْبُتُ المِلْكُ بما يُمْلَكُ به دُونَ ما لا يُمْلَكُ

الإنصاف

و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، وجماعَةٌ : أُمْهِلَ الشَّهْرَ والشَّهْرَيْن . قال الحارِثِىُّ : عليه المُعْظَمُ . وقال فى « الوَجيزِ » : ويُمْهَلُ مدَّةً قريبَةً بسُؤالِه . انتهى . قلتُ : فلعَلَّ ذلك يرْجِعُ إلى اجْتِهادِ الحاكمِ . ثم وَجَدْتُ الحارِثِىَّ قال : وتقْدِيرُ مُدَّةِ الإمْهالِ يرْجِعُ إلى رأْىِ الإمامِ ، مِنَ الشَّهْرِ والشَّهْرَيْنِ و الثَّلاثَةِ ، بحَسَبِ الحالِ . قال : والثَّلاثَةُ انفرَدَ بها المُصَنِّفُ هنا . وكأنَّه ما راجَعَ « المُسْتَوْعِبَ » ، و « الشَّرْحِ » .

تنبيه : فائدَةُ الإمْهالِ انْقِطاعُ الحَقِّ بمُضِىِّ المُدَّةِ على التَّرْكِ . قال فى « المُغْنِى »[1] : وإنْ لم يكُنْ له عُذْرٌ فى التَّرْكِ ، قيلَ له : إمَّا أنْ تَعْمُرَ ، وإمَّا أنْ ترْفَعَ يدَك . فإنْ لم يَعْمُرْها ، كان لغيرِه عِمارَتُها . قال الحارِثِىُّ : وهذا يقْتَضِى أنَّ ما تقدَّمَ مِنَ الإمْهالِ مَخصوصٌ بحالَةِ العُذْرِ ، أو الاعتذارِ ، أمَّا إنْ عُلِمَ انْتِفاءُ العُذْرِ ، فلا مُهْلَةَ . قال : ويَنْبَغِى تقْييدُ الحالِ بوُجودِ مُتَشَوِّفٍ إلى الإحْياءِ ، أمَّا مع عدَمِه ، فلا اعْتِراضَ ، سوى تَرْكٍ لعُذْرٍ أوْ لا . انتهى .

قوله : فإنْ أحْياه غيرُه ، فهل يمْلِكُه ؟ على وَجْهَيْن . يعْنِى ، لو بادَرَ غيرُه فى

---

(١) المغنى ١٥٣/٨ .

الشرح الكبير

به ، كمَن سَبَق إلى مَعْدِنٍ [٥/١٦٨ظ] أو مَشْرَعَةٍ ، فجاء غيرُه فأزالَه وأخَذَه، ولعُمُومِ الحديثِ فى الإحْياءِ . والثانِى ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّ مَفْهُومَ قَوْلِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَيْتَةً فى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِىَ لَهُ »[(١)] . أنَّها لا تكونُ له إذا كان لمُسْلِمٍ فيها حَقٌّ ، وكذلك قَوْلُه : « مَنْ سَبَقَ إلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »[(٢)] . ورَوَى سعيدٌ فى « سُنَنِه »[(٣)] أنَّ عُمَرَ قال : مَن كانت له أرْضٌ - يَعْنِى مَن تحَجَّرَ أرْضًا - فعَطَّلَها ثَلاثَ سِنِين ، فجاءَ قَوْمٌ يُعَمِّرُونَها ، فهم أحَقُّ بها . وهذا يَدُلُّ على أنَّ مَن عَمَّرَها قبلَ ثَلاثِ سِنِين لا يَمْلِكُها . ولأنَّ الثانِىَ أحْيا فى حَقِّ غيرِه فلم يَمْلِكْه ، كما لو أحْيا ما تتَعَلَّقُ به مَصالِحُ مِلْكِ غيرِه ، ولأنَّ حَقَّ المُتَحَجِّرِ أسْبَقُ ، فكان أوْلَى ، كحَقِّ الشَّفِيعِ يُقَدَّمُ على شِراءِ المُشْتَرِى .

الإنصاف

مُدَّةِ الإمْهالِ ، وأحْياه . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ؛ أحدُهما ، لا يَمْلِكُه . صحَّحه فى « المُذْهَبِ » ،

---

(١) تقدم تخريجه فى

(٢) تقدم تخريجه فى ٥/٢٩١ .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه من الأجر ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ٦/١٤٨ .

الشرح الكبير

فصل : فإن ضُرِبَتْ للمُتَحَجِّرِ مُدَّةٌ ، فانْقَضَتِ المُدَّةُ و لم يُعَمِّرْ ، فلغَيرِه أن يُعَمِّرَه ويَمْلِكَه ؛ لأنَّ المُدَّةَ ضُرِبَتْ له ليَنْقَطِعَ حَقُّه بمُضِيِّها ، وسَواءٌ أَذِنَ له السُّلْطانُ فى عِمارَتِها أو لم يَأْذَنْ . وإن لم يَكُنْ للمُتَحَجِّرِ عُذْرٌ فى تَرْكِ العِمارَةِ ، قِيلَ له : إمّا أن تُعَمِّرَ ، وإمّا أن تَرْفَعَ يَدَك . فإن

الإنصاف

و « النَّظْمِ » ، و « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يَمْلِكُه . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قال النَّاظِمُ : وهو بعيدٌ .

(١)**فائدتان** ؛ الأُولَى(١) ، لو أحْياه غيرُه قبلَ ضَرْبِ مُدَّةِ المُهْلَةِ ، لم يَمْلِكْه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وقيل : يَمْلِكُه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : حُكْمُ الإحْياءِ قبلَ ضَرْبِ مُدَّةِ المُهْلَةِ حُكْمُ الإحْياءِ فى مُدَّةِ المُهْلَةِ ، على ما(٢)تقدَّم . ويَحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ . وأمَّا إذا أحْياه الغيرُ بعدَ انْقِضاءِ مُدَّةِ(٢) المُهْلَةِ ، فإنَّه يَمْلِكُه ، لا أعلمُ فيه خِلافًا ، وتقدَّم ذلك . الثَّانيةُ(٣) ، قال فى « الفُروعِ » ، بعدَ أنْ ذكَرَ الخِلافَ المُتَقَدِّمَ : ويَتَوَجَّهُ مِثْلُه فى نُزولِه عن وَظِيفَةٍ لزَيْدٍ ، هل يتقَرَّرُ غيرُه فيها ؟ وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فى مَن نزَل عن وَظِيفَةِ الإمامَةِ : لا يتَعَيَّنُ المَنْزولُ له ، (٤)ويُوَلِّى مَن إليه الوِلايَةُ ، مَن يَسْتَحِقُّ التَّوْلِيَةَ شَرْعًا . وقال ابنُ أبِى المَجْدِ : لا يصِحُّ تَوْلِيَةُ غيرِ المَنْزُولِ له(٤) ، فإنْ لم يُقَرِّرْه الحاكِمُ ، وإلَّا فالوَظِيفَةُ باقِيَةٌ للنَّازِلِ . انتهى . قلتُ :

(١) فى الأصل ، ط : « فوائد منها » .
(٢) سقط من : ا .
(٣) فى الأصل ، ط : « ومنها » .
(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

المقنع

فَصْلٌ : وَلِلْإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَصِيرُ كَالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِي الْإِحْيَاءِ .

الشرح الكبير

لم يُعمِّرْها ، كان لغيرِه عِمارَتُها . فإن لم يُقَلْ له شيءٌ ، واسْتَمرَّ تَعْطِيلُها ، فقد ذَكَرْنا حديثَ عُمَرَ فى المسألَةِ قبلَها . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا الفَصْلِ والمسألةِ قبلَها على نحوِ ما ذَكَرْنا .

فصل : (وللإمامِ إقْطاعُ المَواتِ لمَن يُحْيِيه ، ولا يُمْلَكُ بالإقْطاعِ ، بل يَصِيرُ كالمُتَحَجِّرِ الشّارِعِ فى الإِحْياءِ) على ما ذَكَرْنا . ولا يَنْبَغِى أن

الإنصاف

(1 وقريبٌ منه ما قالَه المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ وغيرُه ، فيما إذا آثَرَ شَخْصًا بمَكانِه ، فليس لأحَدٍ أنْ يَسْبِقَه إليه ؛ لأنَّه قامَ مَقامَ الجالِسِ فى اسْتِحْقاقِ مَكانِه ، أشْبَهَ مَا لو تحَجَّرَ مَواتًا ، ثم آثَرَ به غيرَه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يجوزُ ؛ لأنَّ القائِمَ أسْقَطَ حقَّه بالقِيامِ ، فبَقِىَ على الأصْلِ ، فكان السَّابِقُ إليهْ أحقَّ به ، كمَن وسَّعَ لرَجُلٍ فى طريقٍ ، فمَرَّ غيرُه ، والصَّحيحُ الأوَّلُ . ويُفارِقُ التَّوْسِعَةَ فى الطَّريقِ ؛ لأنَّها جُعِلَتْ للمُرورِ فيها ، كمَن انْتقَلَ مِن مَكانٍ فيها لم يَبْقَ له حقٌّ حتى يُؤْثِرَ به ، والمَسْجِدُ جُعِلَ للإقامَةِ فيه ، ولذلك لا يَسْقُطُ حقُّ المُنْتَقِلِ منه إذا انْتقَلَ لحاجَةٍ ، وهذا إنَّما انْتقَلَ مُؤْثِرًا لغيرِه ، فأشْبَهَ النَّائِبَ الذى بعَثَه إنْسانٌ ليَجْلِسَ فى مَوْضِعٍ يَحْفَظُه له . انتهى . قلتُ 1) : الذى يتعَيَّنُ ، ما قالَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، إلَّا إذا كان المَنْزولُ له أهْلًا ، ويُوجَدُ (2 غيرُه أهلًا 2) ، فإنَّ المَنْزولَ له أحَقُّ ، مع أنَّ هذا لا يَأْباه كلامُ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ .

قوله : وللإمامِ إقْطاعُ مَواتٍ لمَن يُحْيِيه ، ولا يَمْلِكُه بالإقْطاعِ ، بل يكونُ

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2 - 2) فى ا : « غير أهل » .

الشرح الكبير

يُقْطَعَ إلَّا ما قَدَر على إحْيائِه ؛ لأنَّ إقْطاعَه أكْثَرَ منه إدْخالُ ضَرَرٍ على المسلمين بلا فائدَةٍ فيه . فإن فَعَل ثم تَبيَّنَ عَجْزَه عن إحْيائِه ، اسْتَرْجَعَه منه ، كما اسْتَرْجَعَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عنه مِن بِلالِ بنِ الحارِثِ ما عَجَز عن عِمارَتِه مِن العَقِيقِ الذى أقْطَعَه النبيُّ ﷺ ، فرُوِىَ أنَّ النبيَّ ﷺ أقْطَعَ بلالَ بنَ الحارِثِ العَقِيقَ أجْمَعَ ، (١فلَمّا كان١) عُمَرُ ، قال لبِلالٍ : إنَّ رسولَ اللهِ ﷺ لم يُقْطِعْك لتَحِيزَه(٢) عن النّاسِ ، إنَّما أقْطَعَك لتُعَمِّرَ ، فخُذْ منها ما قَدَرْتَ على عِمارَتِه ، ورُدَّ الباقِىَ . رَواه أبو عُبَيْدٍ فى « الأمْوالِ »(٣) . وذكر سعيدٌ فى [١٦٩/٥و] « سُنَنِه » (٤قال : حَدَّثَنا٤) عبدُ العزيزِ بنُ مُحمدٍ ، عن رَبيعةَ ، قال : سَمِعْتُ الحارِثَ بنَ بلالِ بنِ الحارِثِ يقولُ : إنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أقْطَعَ بِلالَ بنَ الحارِثِ العَقِيقَ ، فلَمّا وَلِىَ عُمَرُ بنُ الخَطّابِ ، قال : ما أُقْطِعْتَه لتَحْجُبَه ، فأقْطِعْهُ النّاسَ . ورَوَى عَلْقَمَةُ بنُ وائلٍ ، عن أبِيه ،

الإنصاف

كالمُتَحَجِّرِ الشّارِعِ فى الإحْياءِ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : وقال مالِكٌ : يَثْبُتُ المِلْكُ بنَفْسِ الإقْطاعِ ؛ [٢٢٥/٢ظ] يَبِيعُ ، ويَهَبُ ، ويَتَصَرَّفُ ، ويُورَثُ عنه . قال : وهو الصَّحيحُ ؛ إعْمالًا لحَقيقَةِ الإقْطاعِ ؛ وهو التَّمْليكُ .

(١ - ١) فى م : « وإن » .

(٢) فى م : « لتحجبه » .

(٣) فى : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٣ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من أقطع قطيعة أو تحجر أرضا ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٩/٦ . وانظر ما تقدم فى صفحة ٩١ .

(٤ - ٤) فى م : « عن » .

الشرح الكبير

أنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَه أرْضًا بحَضْرَمَوْتَ[1] . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . قال سعيدٌ : حَدَّثَنا سُفيانُ ، عن ابنِ أبى نُجَيْحٍ ، عن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أقْطَعَ ناسًا مِن جُهَيْنَةَ أو مُزَيْنَةَ أرْضًا ، فعَطَّلُوها ، فجاء قَوْمٌ فأحْيَوْها ، فخاصَمَهم الذين أقْطَعَهم رسولُ اللهِ ﷺ إلى عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ ، فقال عُمَرُ : لو كانت قَطِيعَةً منِّى أو مِن أبى بكرٍ ، لم أرُدَّها ، ولكِنَّها قَطِيعَةٌ مِن رسولِ اللهِ ﷺ ، فأنا أرُدُّها[2] .

فصل : وقد روَى وائِلُ بنُ حُجْرٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَه أرْضًا ، فأرْسَلَ مُعاوِيَةَ ، أن أعْطِه إيَّاهُ ، أو أعْلِمْه إيَّاهُ . حديثٌ صحيحٌ[3] . وأقْطَعَ الزُّبَيْرَ حُضْرَ فَرَسِه[4] ، فأجْرَى فَرَسَه حتى قام ورَمَى بسَوْطِه ، فقال : « أعْطُوهُ

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، للإمامِ إقْطاعُ غيرِ المَواتِ تَمْليكًا وانْتِفاعًا ، للمَصْلَحَةِ دُونَ غيرِها . الثَّانيةُ ، قسَّم الأصحابُ الإقْطاعَ إلى ثَلاثَةِ أقْسامٍ ؛ إقْطاعُ تَمْلِيكٍ ، وإقْطاعُ اسْتِغْلالٍ ، وإقْطاعُ إرْفاقٍ . وقسَّم القاضى إقْطاعَ التَّمْليكِ إلى ، مَواتٍ ، وعامرٍ ، ومَعادِنَ ؛ وجعَل إقْطاعَ الاسْتِغلالِ على ضَرْبَيْن ؛ عُشْرٍ ، وخَراجٍ ، وإقْطاعَ الإرْفاقِ ، ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ .

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١٥٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٥١ ، ١٥٢ . والدارمى ، فى : باب فى القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣٩٩ .

(٢) أخرجه حميد بن زنجويه ، فى : باب إحياء الأرض وإحيازها ... من كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها ... الأموال ٢/٦٤٤ .

(٣) هو المتقدم فى الحاشية قبل السابقة .

(٤) حضر فرسه : عدوها ، أى قدر ما تعدو عدوة واحدة .

الشرح الكبير

مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ » . رَواه سعيدٌ ، وأبـو داودَ[1] . وذَكَـر البُخارِىُّ[2] ، عن أنسٍ قال : دَعا رسولُ اللهِ ﷺ الأنْصارَ لِيُقْطِعَ لهم بالبَحْرَيْن ، فقالُوا : يا رسولَ اللهِ ، إن فَعَلْتَ فاكْتُبْ لإخْوانِنا [3]مِن قُرَيْشٍ[3] بمِثْلِها . ورُوِىَ أنَّ أبا بكرٍ أقْطَعَ طَلْحَةَ بنَ عُبَيْدِ اللهِ أرْضًا ، وأقْطَعَ عُثمانُ خَمْسَةً مِن أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ؛ الزُّبَيْرَ ، وسَعْدًا ، وابنَ مسعودٍ ، وأُسامَةَ بنَ زيدٍ ، وخَبَّابَ بنَ الأرَتِّ . ورُوِىَ عن نافعٍ أبى عبدِ اللهِ ، أنَّه قال لعُمَرَ : إنَّ قِبَلَنا أرْضًا بالبَصْرَةِ ، ليست مِن أرْضِ الخَراجِ ، ولا تَضُرُّ بأحَدٍ مِن المسلمين ، فإن رَأيْتَ أن تُقْطِعَنِيها أتَّخِذُ فيها قَصِيلًا[4] لخَيْلِى . قال : فكَتَبَ عُمَرُ إلى أبى موسى : إن كانت كما يَقُولُ ، فأقْطِعْها إيّاه . رَوَى هذه الآثارَ كلَّها أبو عُبَيْدٍ فى « الأمْوالِ »[5] . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ مَن أقْطَعَهُ الإمامُ [٥/١٦٩ظ] شيئًا مِن المَواتِ ، لم يَمْلِكْه بذلك ، لكنْ يَصِيرُ أحَقَّ به ، كالمُتَحَجِّرِ الشّارِعِ فى الإحْياءِ ، على ما ذَكَرْنا مِن حديثِ بِلالِ بنِ الحارِثِ ، حيث اسْتَرْجَعَ منه عُمَرُ ما عَجَز عن إحْيائِه[6] . ولو

الإنصاف ....

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١٥٨ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٥٦ .

(٢) فى : باب القطائع ، وباب كتابة القطائع ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣/١٥٠ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١١١ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) القصيل : ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب .

(٥) فى : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين ... الأموال ٢٧٦ - ٢٧٨ .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٧ .

المقنع وَلَهُ إِقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِى الطُّرُقِ الوَاسِعَةِ وَرِحَابِ الْمَسْجِدِ ، مَالَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ . وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ بِالْإِحْيَاءِ ، وَيَكُونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِالْجُلُوسِ فِيهَا .

الشرح الكبير مَلَكَه ، لم يَجُزِ اسْتِرْجاعُه . ورَدَّ عُمَرُ أيضًا قَطِيعَةَ أبى بكرٍ لعُيَيْنَةَ بنِ حِصْنٍ ، فسَأَلَ عُيَيْنَةُ بنُ حِصْنٍ أبَا بكرٍ أن يُجَدِّدَ له كِتابًا ، فقال : واللهِ لا أُجَدِّدُ شيئًا رَدَّه عُمَرُ . رَواه أبو عُبَيْدٍ[1] . فعلى هذا ، يكونُ المُقْطَعُ أحَقَّ بها مِن سائِرِ النّاسِ ، وأَوْلَى بإحْيائِه ، وحُكْمُه حُكْمَ المُتَحَجِّرِ الشّارِعِ سَواءً . وقد مَرَّ ذِكْرُه . ومَذْهَبُ الشافعىِّ على نحوِ ما ذَكَرْنا .

٢٤٧٩ – مسألة : (وله إقْطاعُ الجُلُوسِ فى الطُّرُقِ الواسِعَةِ ورِحابِ المَساجِدِ ، ما لم يُضَيِّقْ على النّاسِ) القَطائِعُ ضَرْبان ؛ أحَدُهما ، إقْطاعُ مَواتٍ لمَن يُحْيِيه . وقد ذَكَرْناه . والثانى ، إقْطاعُ إرْفاقٍ ، وذلك

الإنصاف قوله : وله إقْطاعُ الجُلُوسِ فى الطُّرُقِ الواسِعَةِ ورِحابِ المَسْجِدِ ، ما لم يُضَيِّقْ على النَّاسِ . فيحْرُمُ . ولا تُمْلَكُ بالإحْياءِ . بلا نِزاعٍ . ويكونُ المُقْطَعُ أحَقَّ بالجُلُوسِ فيها . ما لم يَعُدْ فيه الإمامُ .

تنبيه : تَجْويزُ المُصَنِّفِ إقْطاعَ الجُلوسِ برِحابِ المَسْجِدِ ، اخْتِيارٌ منه ؛ لكَوْنِها ليست مَسْجِدًا ؛ لامْتِناعِ ذلك فى المَسْجِدِ ، واخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ، والمَجْدِ ، قالَه الحارِثِىُّ . وتقدَّم ، هل رَحْبَةُ المَسْجِدِ مِنَ المَسْجِدِ ، أوْ لا ؟ فى بابِ الاعْتِكافِ .

---

(١) فى الباب السابق ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

المقنع

فَإِنْ لَمْ يُقْطِعْهَا ، فَلِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهَا الْجُلُوسُ فِيهَا ، وَيَكُونُ أَحَقَّ بِهَا مَالَمْ يَنْقُلْ قُمَاشَهُ عَنْهَا .

الشرح الكبير

كإقْطاعِ مَقاعِدِ الأسْواقِ والطُّرُقِ الواسِعَةِ ، ورِحابِ المَساجِدِ ، فللإمامِ إقْطاعُها لمَن يَجْلِسُ فيها ؛ لأنَّ له فى ذلك اجْتِهادًا ، مِن حيث إنَّه لا يَجوزُ الجُلُوسُ إلَّا فيما لا يَضُرُّ بالمارَّةِ ، فكان للإمامِ أن يُجْلِسَ فيها مَن لا يَرَى أنَّه يتضَرَّرُ بجُلُوسِه . ولا يَمْلِكُها المُقْطَعُ بذلك ، بل يكونُ أحَقَّ بالجُلُوسِ فيها مِن غيرِه ، بمَنْزِلَةِ السّابِقِ إليها مِن غيرِ إقْطاعٍ ، إلَّا فى أنَّ السّابِقَ إذا نَقَل مَتاعَه عنها ، فلغيرِه الجُلُوسُ فيها ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَه لها بسَبْقِه إليها ومُقامِه فيها ، فإذا انْتَقَل عنها ، زال اسْتِحْقاقُه ؛ لزَوالِ المَعْنَى الذى اسْتَحَقَّ به ، وهذا اسْتَحَقَّ بإقْطاعِ الإمامِ ، فلا يَزُولُ حَقُّه بنَقْلِ مَتاعِه ، ولا لغيرِه الجُلُوسُ فيه . وحُكْمُه فى التَّظْلِيلِ على نَفْسِه بما ليس بَيْتًا ، ومَنْعِه مِن البِناءِ ، ومَنْعِه إذا طال مُقامُه ، حُكْمُ السّابِقِ ، على ما نَذْكُرُه .

٢٤٨٠ – مسألة : (فإن لم يُقْطِعْها ، فلمَن يَسْبِقُ إليها الجُلُوسُ فيها ، ويكونُ أحَقَّ بها ما لم يَنْقُلْ قُماشَه عنها) ما كان مِن الشَّوارِعِ والطُّرُقاتِ والرِّحابِ بينَ العُمْرانِ ، فليس لأحَدٍ إحْياؤُه ، سَواءٌ كان واسِعًا أو ضَيِّقًا ،

الإنصاف

قوله : فإنْ لم يُقْطِعْها ، فلمَن سبَق إليها الجُلوسُ فيها ، ويكونُ أحَقَّ بها ، ما لم يَنْقُلْ قُماشَه عنها . هذا المذهبُ . أعْنِى ، أنَّها مِنَ المَرافِقِ ، وأنَّ له الجُلوسَ فيها ما بَقِىَ قُماشُه . قال فى « الفُروعِ » : ومع عدَمِ إقْطاعٍ ، للسَّابقِ الجُلوسُ ، على

الشرح الكبير

وسَواءٌ ضَيَّقَ على النّاسِ بذلك أو لم يُضَيِّقْ ؛ لأنَّ ذلك يَشْتَرِكُ فيه المسلمونُ ، وتتَعَلَّقُ به [٥/١٧٠و] مَصْلَحَتُهم ، أشْبَهَ مَساجِدَهم . ويَجُوزُ الارْتِفاقُ بالقُعُودِ فى الواسِعِ مِن ذلك للبَيْعِ والشِّراءِ على وَجْهٍ لا يُضَيِّقُ على أحَدٍ ولا يَضُرُّ بالمارَّةِ ؛ لاتِّفاقِ أهْلِ الأمْصارِ فى جَمِيعِ الأعْصارِ ، على إقْرارِ النّاسِ على ذلك مِن غيرِ إنْكارٍ ، ولأنَّه ارْتِفاقٌ بمُباحٍ مِن غيرِ إضْرارٍ ، فلم يُمْنَعْ منه ، كالاجْتِيازِ . قال أحمدُ ، فى السّابِقِ إلى دَكاكِينِ السُّوقِ غُدْوَةً : فهو له إلى اللَّيْلِ . وكان هذا فى سُوقِ المَدِينةِ فيما مَضَى ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « مِنًى مُناخُ مَنْ سَبَقَ »[1] . وله أن يُظَلِّلَ على نَفْسِه بما لا ضَرَرَ فيه ؛ مِن بارِيَّةٍ[2] ، وكِساءٍ ، ونحوِه ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه مِن غيرِ مَضَرَّةٍ فيه . وليس له أن يَبْنِىَ دَكَّةً ولا غيرَها ؛ لأنَّه يُضَيِّقُ على النّاسِ ، وتَعْثُرُ به المارَّةُ باللَّيْلِ ، والضَّرِيرُ فى اللَّيْلِ والنَّهارِ ، وتَبْقَى على الدَّوامِ ، ورُبَّما ادَّعَى مِلْكَه بذلك . والسّابِقُ أحَقُّ به ما كان فيه ؛ فإن قام وتَرَك مَتاعَه فيه ، لم يَجُزْ لغيرِه إزالَتُه ؛ لأنَّ يَدَ الأوَّلِ عليه ، وإن نَقَل مَتاعَه ، كان لغيرِه أن يَقْعُدَ فيه ؛ لأنَّ يَدَه قد زالت .

الإنصاف

الأصحِّ ، ما بَقِىَ قُماشُه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهم . وعنه ، ليس له ذلك . وعنه ، له ذلك إلى اللَّيْلِ . قال الحارِثِىُّ : ونقَل القاضى فى « الأحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » ، رِوايَةً بالمَنْعِ مِنَ الجُلوسِ فى الطُّرُقِ الواسِعَةِ ؛ للتَّعامُلِ فيها ، فلا تكونُ مِنَ المَرافِقِ . قال :

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١/٧٧ .

(٢) البارية : الحصير .

المقنع

فَإِنْ أَطَالَ الْجُلُوسَ فِيهَا ، فَهَلْ يُزَالُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٨١ – مسألة : فإن طال مُقامُه ، مُنِع ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه يَصِيرُ كالتَّمَلُّكِ ، ويَخْتَصُّ بنَفْعٍ يُساوِيه غيرُه فى اسْتِحْقاقِه . والثانِى ، لا يُمْنَعُ ؛ لأنَّه سَبَق إلى ما لم يَسْبِقْ إليه مُسْلِمٌ .

الإنصاف

والأوَّلُ أصحُّ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لا يفْتَقِرُ فى الجُلوسِ فى هذه الأمْكِنَةِ إلى إذْنِ الإمامِ فى ذلك . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . قال فى « القواعِدِ » : هذا قَوْلُ الأكثرِ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . وقيل : يفْتَقِرُ إلى إذْنٍ . وهو رِوايَةٌ حَكاها فى « الأحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّمانِين » ، وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو أجْلَسَ غُلامَه أو أجْنَبِيًّا ، ليَجْلِسَ هو إذا عادَ إليه ، فهو كما لو ترَكَ المَتاعَ فيه ؛ لاسْتِمْرارِ يَدِه بمَن هو فى جِهَتِه . ولو آثَرَ به رجُلًا ، فهل للغيرِ السَّبْقُ إليه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا . اخْتارَه المُصَنِّفُ . والثَّانِى ، نعم . قال الحارِثِىُّ : وهو أظْهَرُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وتُشْبِهُ هذه المَسْأَلَةُ ماذكَرْنا فى آخرِ بابِ الجُمُعَةِ ، لو آثَرَ بمَكانِه شخْصًا ، فسبَقَه غيرُه إليه[1] . على ما تقدَّم هناك . الثَّانيةُ ، له أنْ يُظَلِّلَ على نفْسِه بما لا ضرَرَ فيه ، مِن بارِيَةٍ وكِساءٍ ، ونحوِه ، وليس له أنْ يَبْنِىَ دَكَّةً ولا غيرَها .

قوله : فإنْ أطالَ الجُلوسَ فيها ، فهل يُزالُ ؟ على وَجْهَين . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ »، و « الكافِى »، و « المُغْنِى »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ » ،

(١) سقط من : ا .

المقنع

فَإِنْ سَبَقَ اثْنَانِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يُقَدِّمُ الإِمَامُ مَنْ يَرَى مِنْهُمَا .

الشرح الكبير

٢٤٨٢ – مسألة : (وإن سَبَق اثْنان) إليه ، احْتَمَلَ أن يُقْرَعَ بينَهما ، واحْتَمَلَ أن (يُقَدِّمَ الإمامُ مَن يَرَى منهما) فإن كان الجالِسُ يُضَيِّقُ على المارَّةِ لم يَحِلَّ له الجُلُوسُ فيه ، وليس للإمامِ تَمْكِينُه بعِوَضٍ ولا غيرِه . قال أحمدُ : ما كان يَنْبَغِى لَنا أن نَشْتَرِىَ مِن هؤلاءِ الذين يَبِيعُونَ على الطَّرِيقِ . قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّ الطَّرِيقَ ضَيِّقٌ ، أو يكونُ يُؤْذِى المارَّةَ ؛ لِما تَقَدَّمَ . وقال : لا يُعْجِبُنِى الطَّحْنُ فى العُرُوبِ إذا كانت فى طَرِيقٍ

الإنصاف

و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، لا يُزالُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُنَوِّرِ » . قال الحارِثِيُّ : (١) وهذا اللَّائِقُ بأُصولِ الأصحابِ ؛ حيث قالوا بالإقْطاعِ . والوجهُ الثَّانى ، يُزالُ . قال الحارِثِيُّ (١) : هذا أظْهَرُهما عندَهم . قال فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : مُنِعَ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال فى « القَواعِدِ » : وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » .

قوله : فإنْ سبَق (٢) اثْنان ، أُقْرِعَ بينَهما . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وجزَم به فى

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ط : « استبق » .

الشرح الكبير

النّاسِ . وهى السُّفُنُ التى يُطْحَنُ فيها فى الماءِ الجارِى . إنَّما كَرِه ذلك ، لتَضْيِيقِها طَرِيقَ السُّفُنِ المارَّةِ فى الماءِ . قال أحمدُ : رُبَّما غَرِقَتِ السُّفُنُ ، فأَرَى للرَّجُلِ أن يَتوقَّى الشِّراءَ مِمّا يُطْحَنُ بها .

الإنصاف

« الخُلاصَةِ »، و« الوَجيزِ »، و« المُنَوِّرِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى (1)« الهِدايَةِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الفُروعِ »، و « الفائقِ »، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ »(1)، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . وقيل : يُقَدِّمُ الإمامُ مَن يَرَى منهما . وهو وَجْهٌ حَكاه القاضى فمَن بعدَه . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الشَّرْحِ » . وكذا الحُكْمُ لو اسْتَبَقا إلى مَوْضِعٍ فى رِباطِ مَسْبَلٍ أو خانٍ ، أو اسْتَبقَ فَقِيهان إلى مَدْرَسَةٍ ، أو صُوفِيَّان إلى خانِقاهٍ(2) . ذكَرَه الحارِثِىُّ ، وتَبِعَه فى « القواعِدِ » ، وقال : هذا يتَوَجَّهُ على أحَدِ الاحْتِمالَيْن اللَّذَيْن(3) ذكَرَهما فى المدارِسِ والخَوانِقِ المُخْتَصَّةِ(4) بوَصْفٍ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّه لا يَتوقَّفُ الاسْتِحْقاقُ فيهما على تَنْزِيلِ ناظِرٍ . فأما على الوَجْهِ الآخَرِ ؛ وهو تَوَقُّفُ الاسْتِحْقاقِ على تَنْزِيلِه ، فليس إلَّا تَرْجيحُه له بنَوْعٍ مِنَ التَّرْجِيحاتِ . وقد يُقالُ : إنَّه يُرَجَّحُ(5) بالقُرْعَةِ مع التَّساوِى . انتهى .

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) هى رباط الصوفية .

(3) فى الأصل ، ط : « الذى » .

(4) سقط من : ط .

(5) فى ا : « يترجح » .

المقنع

وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِمَا يَنَالُ مِنْهُ . وَهَلْ يُمْنَعُ إِذَا طَالَ مُقَامُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٨٣ - مسألة : [٥/١٧٠ظ] (وإن سَبَقَ إلى مَعْدِنٍ ، فهو أحَقُّ بما يَنالُ منه) لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »[1] . وسَواءٌ كان المَعْدِنُ ظاهِرًا أو باطِنًا ، إذا كان فى مَواتٍ . فإن أخَذَ قَدْرَ حاجَتِه ، وأراد الإِقامَةَ فيه بحيث يَمْنَعُ غيرَه ، مُنِع مِن ذلك ؛ لأنَّه يُضَيِّقُ على النّاسِ بما لا نَفْعَ فيه له ، أشْبَهَ ما لو وَقَف فى مَشْرَعَةِ الماءِ لغيرِ حاجَةٍ .

٢٤٨٤ - مسألة : (وهل يُمْنَعُ إذا طال مُقامُه) للأخْذِ ؟ (على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، يُمْنَعُ ؛ لأنَّه يَصِيرُ كالمُتَمَلِّكِ . والآخَرُ ، لا يُمْنَعُ ؛ لإِطْلاقِ الحديثِ . وإنِ اسْتَبَقَ إليه اثْنانِ أو أكْثَرُ ، وضاق المَكانُ عنهما ،

الإنصاف

قوله : ومَن سبَق إلى مَعْدِنٍ ، فهو أحَقُّ بما يَنالُ منه . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : مَن أخذ مِن مَعْدِنٍ فوقَ حاجَتِه ، مُنِعَ منه . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : فإنْ أخذَ قَدْرَ حاجَتِه ، وأرادَ الإِقامَةَ فيه [٢/٢٢٦و] ، بحيثُ يَمْنَعُ غيرَه ، مُنِعَ مِن ذلك .

قوله : وهل يُمْنَعُ إذا طالَ مُقامُه ؟ - يعْنِى الآخِذَ - على وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ٥/٢٩١ .

الشرح الكبير

أقْرِعَ(١) بينَهما ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لأحَدِهما على الآخَرِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْسَمَ بينَهما ؛ لأنَّه يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، وقد تَساوَيا ، فقُسِمَ بينَهما ، كما لو تَداعَيا عَيْنًا فى أيْدِيهما ولا بَيِّنَةَ لأحَدِهما . ويَحْتَمِلُ أن يُقَدِّمَ الإمامُ مَن يَرَى منهما ؛ لأنَّ له نَظَرًا . وذَكَر القاضى وَجْهًا رابِعًا ، وهو أنَّ الإمامَ يَنْصِبُ مَن يَقْسِمُ بينَهما . وهذا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشافعىِّ .

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، لا يُمْنَعُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : والصَّحيحُ أنَّه لا يُمْنَعُ مادامَ آخِذًا . قال الحارِثِىُّ : أصَحُّهما لا يُمْنَعُ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يُمْنَعُ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى »(٢) . وقيل : يُمْنَعُ مع ضِيقِ المَكانِ . قال الحارِثِىُّ : قطَع به ابنُ عَقِيلٍ .

فائدة : لو اسْتَبَق اثْنانِ فأكْثَرُ إلى مَعْدِنٍ مُباحٍ ، وَضاقَ المَكانُ عن أخْذِهم جُمْلَةً واحِدةً ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يُقْرَعُ بينَهم . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : وإنْ سبَق إليه اثْنان معًا ، وضاقَ بهما ، اقْتَرَعا . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وقيل : يُقَدِّمُ الإمامُ منَ شاءَ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : بالقِسْمَةِ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : وذكَر القاضى وَجْهًا رابِعًا ، وهو أنَّ الإمامَ يَنْصِبُ مَن يَأْخُذُ ويقْسِمُ بينَهما . وقال القاضى

(١) فى الأصل : « أقر » .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ؛ كَصَيْدٍ ، وَعَنْبَرٍ ، وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ ، وَمَا يَنْبِذُهُ النَّاسُ [١٤٨ظ] ، رَغْبَةً عَنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ ، قُسِمَ بَيْنَهُمَا .

الشرح الكبير **٢٤٨٥** – مسألة : (ومَن سَبَق إلى مُباحٍ ؛ كصَيْدٍ ، أو عَنْبَرٍ ، وحَطَبٍ ، وثَمَرٍ) ولُقَطَةٍ ، ولَقِيطٍ (وما يَنْبِذُه النّاسُ رَغْبَةً عنه) أو يَضِيعُ منهم ممّا لا تَتْبَعُه النَّفْسُ ، وما يَسْقُطُ مِن الثَّلْجِ [1] وسائِرِ المُباحاتِ (فهو أحَقُّ به) بإذْنِ الإمامِ وغيرِ إذْنِه ، لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ [2] فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » (وإن سَبَق إليه اثْنان ، قُسِم بينهما) لأنَّ قِسْمَتَه مُمْكِنَةٌ ، فلا يُؤَخَّرُ حَقُّ أحَدِهما ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لأحَدِهما

الإنصاف أيضًا : إنْ كان أحدُهما للتِّجارَةِ ، هايَأَها الإمامُ بينَهما باليومِ أو السَّاعَةِ بحَسَبِ مايَرَى ؛ لأنَّه يطُولُ ، وإنْ كان للحاجَةِ ، فاحْتِمالاتٌ ؛ أحدُها ، القُرْعَةُ . والثَّانى ، يَنْصِبُ مَن يَأْخُذُ لهما ، ثُم يَقْسِمُ . والثَّالثُ ، يُقَدِّمُ مَن يراه أحْوَجَ وأوْلَى . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » : وإنْ سبَق أحدُهما ، قُدِّمَ ، فإنْ أخذ فوقَ حاجَتِه ، مُنِعَ . وقيل : لا . وقيل : إنْ أخذَه للتِّجارَةِ هايَأَ الإمامُ بينَهما ، وإنْ أخذَه لحاجَةٍ ، فأرْبَعَةُ أوْجُهٍ ؛ المُهايَأَةُ ، والقُرْعَةُ ، وتقْديمُ مَن يرَى الإمامُ ، وأنْ يَنْصِبَ مَن يَأْخُذُه ، ويقْسِمَه بينَهما . انتهى . وذكَر فى « الفروعِ » وغيرِه الأَوْجُهَ الأَرْبعَةَ مِن تَتِمَّةِ قوْلِ القاضى .

قوله : ومَن سبَق إلى مُباحٍ ؛ كصَيْدٍ ، وعَنْبَرٍ – وسَمَكٍ ، ولُؤْلُؤٍ ، ومَرْجانٍ –

---

(١) فى م : « البلح » .
(٢) سقط من : الأصل .

على الآخَرِ . وإن سَبَق إلى مواتٍ أو بِئْرٍ عادِيَّةٍ فهو أحَقُّ بها ؛ لِما ذَكَرْنا .

الشرح الكبير

الإنصاف

وَحطَبٍ ، وثَمَرٍ ، وما يَنْتَبذُه النَّاسُ ، رغْبَةً عنه ، فهو أحَقُ به . وكذا لو سبَق إلى ماضاعَ مِن النَّاسِ ممَّا لا تَتْبَعُه الهِمَّةُ ، وكذا اللَّقيطُ ، وما يسْقُطُ مِنَ الثَّلْجِ والمَنِّ ، وسائِرِ المُباحاتِ ، فهو أحَقُّ به . وهذا بلا نِزاعٍ .

وقوله : وإن سبَق إليه اثْنان ، قُسِمَ بينَهما . هذا المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : وهو الأصحُّ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال فى « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : فأمَّا إنْ وقَعَتْ أيْدِيهما على المُباحِ ، فهو بينَهما بغيرِ خِلافٍ ، وإنْ كان فى كلامِ بعضِ الأصحابِ مايُوهِمُ خِلافَ ذلك ، فليس بشىءٍ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : يَقْتَرِعان . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يُقَدِّمُ الإمامُ أيَّهما شاءَ . وقال الحارِثِىُّ : ثم إنَّ أبا الخَطَّابِ فى كِتابِه ، قَيَّد اقْتِسامَهما بما إذا كان الأخْذُ للتِّجارَةِ . ثم قال : وإنْ كان للحاجَةِ ، احْتَمَلَ ذلك أيضًا ، واحْتَمَلَ أنْ يُقْرَعَ بينَهما . واحْتَمَلَ أنْ يُقَدِّمَ الإمامُ مَن يرَى منهما . وتابعَه عليه السَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخِيصِ » ، وغيرُهما . وهذا عندِى غلَطٌ ، فإنَّ المُباحَ إذا اتَّصَلَ به الأخْذُ ، اسْتقَرَّ المِلْكُ عليه ، ولابُدَّ ؛ لوُجودِ السَّبَبِ المُقيِّدِ له ، مع أنَّ القُرْعَةَ لم تَرِدْ فى هذا النَّوْعِ ، ولا فى[1] شىءٍ منه . وكيف يخْتَصُّ به أحدُهما مع قِيامِ السَّبَبِ بكلِّ واحدٍ منهما ؟ نعم قد يجْرِى ما قال فيما إذا ازْدَحَما عليه ليَأْخُذاه . ثم قال : والصَّوابُ ما اقْتَصَر عليه المُصَنِّفُ ، مِنَ الاقْتِسامِ مع عدَمِ الفَرْقِ بينَ التِّجارَةِ ، والحاجَةِ . انتهى .

تنبيه : فعلى المذهبِ ، قال الحارِثِىُّ : إنَّما يتَأَتَّى هذا فى المُنْضَبِطِ الدَّاخِلِ تحتَ

(١) سقط من : ا .

اليَدِ ؛ كالصَّيْدِ ، والسَّمَكِ ، واللُّؤْلُؤِ ، والمَرْجانِ ، والمَنْبُوذِ . أمَّا ما لا يَنْضَبِطُ ، كالشَّعْراءِ[1] ، وثَمَرِ الجَبَلِ ، فالمِلْكُ فيه مقصورٌ على القَدْرِ المَأْخوذِ ، قلَّ أو كَثُرَ . انتهى .

فائدة : وكذا الحُكْمُ فى السَّبْقِ إلى الطَّرِيقِ . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال الأَدَمِىُّ البَغْدادِىُّ بالقِسْمَةِ هنا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو ترَكَ دابَّتَه بفَلاةٍ ، أو مَهْلَكَةٍ ؛ لِيَأْسِه منها ، أو عَجْزِه عن عَلْفِها ، مَلَكَها آخِذُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه مِن رِوايةِ صالِحٍ ، وابنِ مَنْصُورٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقطَع به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » وغيرِهما . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : لا يَمْلِكُها . وهَو وَجْهٌ ، خرَّجه ابنُ أبِى مُوسى ، كالرَّقيقِ ، وتَرْكِ المَتاعِ عَجْزًا ، بلا نِزاعٍ فيهما . ويرْجِعُ بالنَّفَقَةِ على الرَّقيقِ ، وأُجْرَةِ حَمْلِ المَتاعِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : لا يرْجِعُ . وهو وَجْهٌ ذكَرَه القاضى ؛ أخْذًا مِنَ انْتِفاءِ الأخْذِ فى اللُّقَطَةِ . وهو رِوايَةٌ فى العَبْدِ ، ذكَرَها أبو بَكْرٍ . الثَّانيةُ ، لو أَلْقَى مَتاعَه فى البَحْرِ خَوْفَ الغرَقِ ، فقال الحارِثِىُّ : نصُّ أحمدَ فى المَتاعِ يقْتَضِى أنَّ ما يُلْقِيه رُكابُ السَّفينَةِ [٢/٢٢٦ظ] مَخافَةَ الغَرَقِ باقٍ على مِلْكِهم . انتهى . وهو أحد الوَجْهَيْن . وقيل : يَمْلِكُه آخِذُه . قدَّمه فى « الفائقِ » . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، وذكَرَه فى آخِرِ اللُّقَطَةِ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » . فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، لآخِذِه الأُجْرَةُ ، على

---

(١) الشَّعْراء : الأرض أو الروضة الكثيرة الشجر .

المقنع

وَإِذَا كَانَ الْمَاءُ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ؛ كَمِيَاهِ الْأَمْطَارِ ، فَلِمَنْ فِي أَعْلَاهُ أَنْ يَسْقِيَ وَيَحْبِسَ الْمَاءَ حَتَّى يَصِلَ إِلَى كَعْبِهِ ، ثُمَّ يُرْسِلَ إِلَى مَنْ يَلِيهِ .

الشرح الكبير

٢٤٨٦ – مسألة : (وإذا كان الماءُ فى نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ؛ كمياهِ الأمْطارِ ، فلِمَن فى أعْلاه أن يَسْقِيَ ويَحْبِسَ الماءَ حتى يَصِلَ إلى الكَعْبِ ، ثم يُرْسِلَ إلى مَن يَلِيه) وجملةُ ذلك ، أنَّه لا يَخْلُو الماءُ مِن حالَيْن ؛ إمَّا [١٧١/٥و] أن يكونَ جارِيًا ، أو واقِفًا . والجارِى ضَرْبانِ ؛ أحَدُهما ، أن يكونَ فى نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، وهو قِسْمان ؛ أحَدُهما ، أن يكونَ نَهْرًا عَظِيمًا ؛ كالنِّيلِ ، والفُراتِ ، الذى لا يَسْتَضِرُّ أحَدٌ بالسَّقْىِ منهما ، فهذا لا تَزاحُمَ فيه ، ولكلِّ أحَدٍ أن يَسْقِيَ منها متى شاء وكيفَ شاء . القِسْمُ الثانى ، أن يكونَ نَهْرًا صَغِيرًا يَزْدَحِمُ النّاسُ فيه ، ويَتَشاحُّون فى مائِه ، أو سَيْلًا يَتَشاحُّ فيه أهْلُ الأرَضِينَ الشّارِبَةِ منه ، فيُبْدَأُ بمَن فى أوَّلِ النَّهْرِ ، فيَسْقِى ويَحْبِسُ الماءَ حتى يَبْلُغَ الكَعْبَ ، ثم يُرْسِلُ إلى الذى يَلِيه ، فيَصْنَعُ كذلك ، وعلى

الإنصاف

الصَّحيحِ . وقيل : لا أُجْرَةَ له .

قوله : وإذا كان الماءُ فى نَهْرٍ غيرِ ممْلُوكٍ ؛ كمياهِ الأمْطارِ ، فلِمَن فى أعْلاه أنْ يَسْقِيَ ويَحْبِسَ ، حتى يَصِلَ الماءُ إلى كَعْبِه ، ثم يُرْسِلَ إلى مَن يَلِيه . الماءُ إذا كان جارِيًا ، وهو غيرُ مَمْلوكٍ ، لا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ نَهْرًا عَظِيمًا ؛ كالنِّيلِ ، والفُراتِ ، و دِجْلَةَ ، وما أشْبَهَها ، أوْ لا ، فإنْ كان نَهْرًا عَظيمًا ، فهذا لا تَزاحُمَ فيه ، ولكُلِّ أحدٍ[1] أنْ يسْقِيَ منه ماشاءَ ، متى شاءَ ، كيفَ شاءَ ، وإنْ كان نَهْرًا صَغيرًا ،

(١) فى ا : « واحد » .

الشرح الكبير

هذا حتى تَنْتَهِىَ الأراضِى كلُّها . فإن لم يَفْضُلْ عن الأوَّلِ شىءٌ ، أو عن الثانِى ، أو عمَّن يَلِيهما ، فلا شىءَ للباقِينَ ؛ لأنَّهم ليس لهم إلَّا ما فَضَل ، فهم كالعَصَبَةِ فى المِيراثِ . وهذا قولُ فُقهاءِ المَدِينَةِ ، ومالِكٍ ، والشافعىِّ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ؛ لِما رَوَى عبدُ اللهِ بنُ الزُّبَيْرِ ، أنَّ رجلًا مِن الأنْصارِ خاصَمَ الزُّبَيْرَ فى شِراجِ الحَرَّةِ التى يَسْقُونَ بها إلى النبىِّ ﷺ ، فقال ﷺ : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ » . فغَضِبَ الأنْصارِىُّ ، وقال : يا رسولَ اللهِ : أن كان ابنَ عَمَّتِك . فتَلَوَّنَ وَجْهُ رسولِ اللهِ ﷺ ثم قال : « يا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ المَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الجَدْرِ » . فقال الزُّبَيْرُ : فواللهِ إنِّى لأَحْسَبُ هذه الآيَةَ نَزَلَتْ فيه : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾[1] . مُتَّفَقٌ عليه[2] .

الإنصاف

يزْدَحِمُ النَّاسُ فيه ، ويَتَشاحُّون فى مائِه ، أو سَيْلًا يَتَشاحُّ فيه أهلُ الأرَضِين الشَّارِبَةِ

---

(١) سورة النساء ٦٥ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكعبين ، من كتاب المساقاة ، وفى : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفى : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧/٦ ، ٥٨ . ومسلم ، فى : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٢٩/٤ ، ١٨٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٨٣/٢ ، ٢٨٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر فى الماء ، من أبواب الأحكام ، عارضة الأحوذى ١١٩/٦ ، ١٢٠ . والنسائى ، فى : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢٠٩/٨ ، ٢١٥ . وابن ماجه ، فى : باب تعظيم حديث رسول الله .... ، من المقدمة ، وفى : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٧/١ ، ٨ ، ٨٢٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٤ .

الشرح الكبير

وذَكَر عبدُ الرَّزّاقِ[1] ، عن مَعْمَرٍ ، عن الزُّهْرِيِّ ، قال : نَظَرْنا فى قولِ النبىِّ ﷺ : « ثُمَّ احْبِسِ الماءَ[2] حَتَّى يَبْلُغَ الجَدْرَ » . وكان ذلك إلى الكَعْبَيْن . قال أبو عُبَيْدٍ : الشِّراجُ : جَمْعُ شَرْجٍ . والشَّرْجُ : نَهْرٌ صَغِيرٌ . والحَرَّةُ : أرضٌ مُلْتَبِسَةٌ بِحِجارَةٍ سُودٍ . والجَدْرُ : الجِدارُ . وإنَّما أمَرَ النبىُّ ﷺ الزُّبَيْرَ أن يَسْقِىَ ثم يُرْسِلَ ، تَسْهِيلًا على غيرِه ، فلَمّا قال الأنصارِىُّ ما قال ، اسْتَوْفَى النبىُّ ﷺ للزُّبَيْرِ حَقَّه . ورَوَى مالِكٌ فى « المُوَطَّأ »[3] عن عبدِ اللهِ بنِ أبى بكرِ بنِ عَمْرِو[4] بنِ حَزْمٍ ، أنَّه بَلَغَه أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال فى سَيْلِ مَهْزُورٍ[5] ومُذَيْنِيبٍ : « يُمْسِكُ حَتَّى يَبْلُغَ الكَعْبَيْنِ ، ثُمَّ يُرْسِلُ الأعْلَى على الأسْفَلِ » . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا حديثٌ مَدَنِىٌّ

الإنصاف

منه ، فإنَّه يُبْدَأُ بمَن فى أوَّلِ النَّهْرِ ، فيَسْقِى ويَحْبِسُ الماءَ حتى يصِلَ إلى كَعْبِه . نصَّ عليه ، ثم يُرْسِلُ إلى مَن يَلِيه كذلك . وعلى هذا إلى أنْ تَنْتَهِىَ الأراضِى كلُّها ، فإنْ لم يفْضُلْ عنِ الأوَّلِ شىءٌ ، أو عنِ الثَّانى ، أو مَن يَلِيهم ، فلا شىءَ للباقِين . فإنْ كانتْ أرْضُ صاحبِ الأعْلَى مُخْتَلِفَةً ؛ منها ماهو مُسْتَعْلٍ ، ومنها ما هو مُسْتَفِلٌ ، سقَى كلَّ واحِدَةٍ منهما على حِدَتِها . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ،

---

(١) لم نجده فى مصنف عبد الرزاق .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى : باب القضاء فى المياه ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٤/٢ . كما أخرجه أبو داود ، فى : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٨٤/٢ . وابن ماجه ، فى : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣٠/٢ .

(٤) فى م : « عمر » .

(٥) فى م : « مهزوز » .

الشرح الكبير

مَشْهورٌ عندَ أهلِ المَدِينَةِ مَعْمُولٌ [٥/١٧١ظ] به عندَهم . قال عبدُ المَلِكِ ابنُ حَبِيبٍ[١] : مَهْزُورٌ[٢] ومُذَيْنِيبٌ ، وادِيان مِن أَوْدِيَةِ المَدِينَةِ يَسِيلانِ بالمَطَرِ ، يَتَنافَسُ أهْلُ الحَوائِطِ فى سَيْلِهما . وروَى أبو داودَ[٣] بإسْنادِه ، عن ثَعْلَبَةَ بن أبى مالِكٍ ، أنَّه سَمِع كُبَراءَهم يَذْكُرُون ، أنَّ رجلًا مِن قُرَيْشٍ كان له سَهْمٌ فى بَنِى قُرَيْظَةَ ، فخاصَمَ إلى رسولِ اللهِ ﷺ فى مَهْزُورٍ - السَّيْلِ الذى يَقْتَسِمُونَ ماءَه - فقَضَى بينَهم رسولُ اللهِ ﷺ أنَّ الماءَ إلى الكَعْبَيْن ، لا يَحْبِسُ الأعْلَى على الأسْفَلِ . ولأنَّ مَن أرْضُه قَرِيبَةٌ مِن رَأْسِ النَّهْرِ سَبَق[٤] إلى المَاءِ[٥] ، فكان أوْلَى به ، كالسّابِقِ إلى المَشْرَعَةِ . فإن كانت أرْضُ صاحِبِ الأَعْلَى مُخْتَلِفَةً ، منها عالِيَةٌ ومنها مُسْتَفِلَةٌ ، سَقَى كلَّ واحِدَةٍ منها على حِدَتِها . فإنِ اسْتَوَى اثْنان فى القُرْبِ مِن أوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَما

الإنصاف

و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم ، وقطَعُوا به . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : إنْ كانتِ الأَرْضُ العُلْيا مُسْتَفِلَةً ، سدَّها إذا سقَى ، حتى يصْعَدَ إلى الثَّانى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو اسْتَوَى اثْنان فى القُرْبِ مِن أوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسما الماءَ بينَهما . إنْ أمْكَنَ ، وإنْ لم يُمْكِنْ ، أُقْرِعَ بينَهما ، فيُقدَّمُ مَن قرَع ، فإنْ كان الماءُ

---

(١) عبد الملك بن حبيب بن سليمان أبو مروان السلمى الأندلسى الفقيه ، كان حافظا للفقه نبيلا ، ذابًّا عن مذهب مالك ، صنف فى الفقه والتاريخ والأدب ، له « الواضحة » فى الفقه . توفى رابع رمضان سنة ثمان وثلاثين ومائتين ، وله أربع وستون سنة . تهذيب التهذيب ٦/ ٣٩٠ ، ٣٩١ .

(٢) فى الأصل ، م : « مهزوز » .

(٣) فى : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/ ٢٨٤ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « المكان » .

المقنع فَإِذَا أَرَادَ إِنْسَانٌ إِحْيَاءَ أَرْضٍ بِسَقْيِهَا مِنْهُ ، جَازَ مَالَمْ يَضُرَّ بِأَهْلِ الْأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ .

الشرح الكبير الماءَ بينَهما إن أمْكَنَ ، وإلَّا أُقْرِعَ بينهما ، فَقُدِّمَ مَن تَقَعُ له القُرْعَةُ ، فإن كان الماءُ لا يَفْضُلُ عن أحَدِهما ، سَقَى مَن تَقَعُ له القُرْعَةُ بقَدْرِ حَقِّه مِن الماءِ ، ثم تَرَكَه للآخَرِ ، وليس له السَّقْىُ بجَمِيعِ الماءِ ؛ لمُساواةِ الآخَرِ له فى اسْتِحْقاقِ الماءِ ، وإنَّما القُرْعَةُ للتَّقْدِيمِ فى اسْتِيفاءِ الحَقِّ لا فى أصْلِ الحَقِّ ، بخِلافِ الأعْلَى مع الأسْفَلِ ، فإنَّه ليس للأسْفَلِ حَقٌّ إلَّا فى الفاضِلِ عن الأعْلَى . فإن كانت أرْضُ أحَدِهما أكْبَرَ مِن أرْضِ الآخَرِ ، قُسِمَ الماءُ بينَهما على قَدْرِ الأرْضِ ؛ لأنَّ الزائِدَ مِن أرْضِ أحَدِهما مُساوٍ فى القُرْبِ ، فاسْتَحَقَّ جُزءًا مِن الماءِ ، كما لو كان لثالِثٍ .

٢٤٨٧ – مسألة : (فإن أراد إنسانٌ إحْياءَ أرْضٍ) لِيَسْقِيَها مِن ماءِ النَّهْرِ (جاز ، ما لم يَضُرَّ بأهْلِ الأرْضِ الشّارِبَةِ منه) إذا كان لجَماعةٍ

الإنصاف لا يفْضُلُ عن أحَدِهما ، سقَى مَن تقَعُ له القُرْعَةُ بقَدْرِ حقِّه مِنَ الماءِ ، ثم يتْرُكُه للآخَرِ ، وليس له أنْ يَسْقِيَ بجميعِ الماءِ ؛ لمُساواةِ الآخَرِ له ، وإنَّما القُرْعَةُ للتَّقَدُّمِ ، بخِلافِ الأعْلَى مع الأسْفَلِ ؛ فإنَّه ليس للأسْفَلِ حقٌّ إلَّا فى الفاضِلِ عنِ الأعْلَى . قاله المُصَنِّفُ وغيرُه . وهو واضِحٌ . وإنْ كانتْ أرْضُ أحَدِهما أكثرَ مِن أرْضِ الآخَرِ ، قُسِمَ الماءُ بينَهما على قَدْرِ الأرْضِ . الثَّانيةُ ، لو احْتاجَ الأعْلَى إلى الشُّرْبِ ثانيًا ، قبلَ انْتِهاءِ سَقْىِ الأراضِى ، لم يَكُنْ له ذلك . قدَّمه الحارِثِىُّ ، ونصَرَه . وقال القاضى : له ذلك .

قوله : فإنْ أرادَ إنْسانٌ إحْياءَ أرْضٍ ، بسَقْيِها منه ، جازَ ، ما لم يَضُرَّ بأهْلِ

الشرح الكبير

رَسْمُ شُرْبٍ مِن نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، أو سَيْلٍ ، فجاء إنسانٌ ليُحْيِيَ مَواتًا أقْرَبَ مِن رَأْسِ النَّهْرِ مِن أرْضِهم ، لم يكنْ له أن يَسْقِيَ قبلَهم ؛ لأنَّهم أسْبَقُ إلى النَّهْرِ منه ، ولأنَّ مَن مَلَك أرْضًا مَلَكَها بحُقُوقِها ومَرافِقِها ، ولا يَمْلِكُ غيرُه إبْطالَ حُقُوقِها ، وهذا مِن حُقُوقِها . وهل لهم مَنْعُه مِن إحْياءِ ذلك المَواتِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، ليس لهم مَنْعُه ؛ لأنَّ حَقَّهم فى النَّهْرِ لا فى المَواتِ . والثانى ، لهم مَنْعُه ؛ لِئَلَّا يَصِيرَ ذلك ذَرِيعَةً إلى مَنْعِهم حَقَّهم مِن السَّقْىِ ؛ لتَقْدِيمِه عليهم فى القُرْبِ إذا طال الزَّمانُ وجُهِل الحالُ . فإذا

الإنصاف

الأرْضِ الشارِبَةِ منه . إذا كان لجماعَةٍ رَسْمُ شِرْبٍ مِن نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، أو سَيْلٍ ، فجاءَ إنْسانٌ ليُحْيِيَ مَواتًا أقْرَبَ إلى رأْسِ النَّهْرِ مِن أرْضِهم ، لم يَكُنْ له أنْ يسْقِيَ قبلَهم ، على المذهبِ . واخْتارَ الحارِثِيُّ ، أنَّ له ذلك ، قال : وظاهِرُ الأخْبارِ المُتقَدِّمَةِ وعُمومُها ، يدُلُّ على اعْتِبارِ السَّبْقِ إلى أعْلَى النَّهْرِ مُطْلَقًا . قال : وهو الصَّحيحُ . وهل لهم مَنْعُه مِن إحْياءِ ذلك المَواتِ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحَدُهما ، ليس لهم مَنْعُه مِن ذلك . قال الحارِثِيُّ : وهو أظْهَرُ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وجزَم به فى « الكافِى » . والوَجْهُ الثَّانى ، لهم مَنْعُه . قال الحارِثِيُّ : وهو المَفْهومُ مِن إيرادِ الكِتابِ . فعلى الأوَّلِ ، لو سَبق إلى مَسِيلِ ماءٍ ، أو نَهْرٍ غيرِ مَمْلوكٍ ، فأحْيَى فى أسْفَلِه مَواتًا ، ثم أحْيَا آخَرُ فوْقَه ، ثم أحْيَا ثالِثٌ فوقَ الثَّانى ، كان للذى أحْيَا أوَّلًا[1] السَّقْىُ أوَّلًا ، ثم الثَّانى ، ثم الثَّالِثُ ، فيُقَدَّمُ السَّبْقُ إلى الإحْياءِ على السَّبْقِ إلى أوَّلِ النَّهْرِ ، وعلى ما اخْتارَه الحارِثِىُّ[2] ينْعَكِسُ ذلك .

(١) سقط من : ط .
(٢) سقط من : ا .

الشرح الكبير

قُلْنا : ليس لهم مَنْعُه . فسَبَقَ إلى مَسِيلِ ماءٍ أو نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ فأحْيا فى أسْفَلِه مَواتًا ، ثم أحْيا آخَرُ فوقَه ، ثم أحْيا ثالثٌ فوقَ الثانِى ، كان للأسْفَلِ السَّقْىُ أوَّلًا ثم الثانى ثم الثالثِ ، ويُقَدَّمُ السَّبْقُ إلى الإِحْياءِ [١٧٢/٥و] على السَّبْقِ إلى أوَّلِ النَّهْرِ ؛ لِما ذَكَرْنا .

فصل : الضَّرْبُ الثانِى ، الجارِى فى نَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، وهو قِسْمان ؛ أحَدُهما ، أن يكونَ الماءُ مُباحَ الأصْلِ ، مثلَ أن يَحْفِرَ إنْسانٌ نَهْرًا صَغِيرًا يتَّصِلُ بنَهْرٍ كبيرٍ مُباحٍ ، فما لم يتَّصِلِ الحَفْرُ لا يَمْلِكُه ، وإنَّما هو تَحَجُّرٌ وشُرُوعٌ فى الإِحْياءِ ، فإذا اتَّصَلَ الحَفْرُ ، مَلَكَه ؛ لأنَّ المِلْكَ بالإِحْياءِ أن تَنْتَهِىَ العِمارَةُ إلى قَصْدِها ، بحيث يتَكَرَّرُ الانْتِفاعُ بها على صُورَتِها ، وهذا كذلك . وسَواءٌ أجْرَى فيه الماءَ أو لم يُجْرِه ؛ لأنَّ الإِحْياءَ يَحْصُلُ بتَهْيِئَتِه للانْتِفاعِ به دُونَ حُصُولِ المَنْفَعةِ ، فيَصِيرُ مالِكًا لقَرارِ النَّهْرِ وحافَّتَيْه ، وهَواؤُه حَقٌّ له ، وكذلك حَرِيمُه ، وهو مَلْقَى الطِّينِ مِن جَوانِبِه . وعندَ القاضى أنَّ ذلك غيرُ مَمْلُوكٍ لصاحِبِ النَّهْرِ ، وإنَّما هو حَقٌّ مِن حُقُوقِ

الإنصاف

فائدة : لو كانَ الماءُ بنَهْرٍ مَمْلوكٍ ، كمَن حفَر نَهْرًا صَغيرًا ساقَ إليه الماءَ مِن نَهْرٍ كبيرٍ ، فما حصَل فيه ملَكَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويَجِئُ على قوْلِنا : إنَّ الماءَ لا يُمْلَكُ . أنَّ حُكْمَ هذا الماءِ فى هذا النَّهْرِ ، حُكْمُه فى نَهْرٍ غيرِ مَمْلوكٍ . قلتُ : وفيه نظَرٌ ؛ لأنَّه بدُخولِه فى نَهْرِه ، كدُخولِه فى قِرْبَتِه ، وراوِيَتِه ، ومصْنَعِه . وعندَ القاضى ومَن وافقَه ، أنَّ الماءَ باقٍ على الإِباحَةِ ، كما قبلَ الدُّخولِ ، إلَّا أنَّ مالِكَ

الشرح الكبير

المِلْكِ . وظاهِرُ قولِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه مَمْلُوكٌ لصاحِبِه[1] ، قِياسًا على قَوْلِه فى حَريمِ البِئْرِ ، أنَّه يَمْلِكُه . إذا تَقَرَّرَ ذلك ، فكان النَّهْرُ لجماعَةٍ ، فهو بينَهم على حَسَبِ العَمَلِ والنَّفَقَةِ ؛ لأنَّه إنَّما مُلِك بالعِمارَةِ ، والعِمارَةُ بالنَّفَقَةِ ، فإن كَفَى جَمِيعَهم ، فلا كَلامَ ، وإن لم يَكْفِهم فتَراضَوْا على قِسْمَتِه بالمُهايَأَةِ أو غيرِها ، جاز ؛ لأنَّه[2] حَقُّهم ، لا يَخْرُجُ عنهم . وإن تَشاحُّوا فيه ، قَسَمَه الحاكِمُ بينَهم على قَدْرِ أمْلاكِهم ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم

الإنصاف

النَّهْرِ أحقُّ به . فعلى المذهبِ ، لو كان لجماعَةٍ ، فهو بينَهم ، على حسَبِ العمَلِ والنَّفَقةِ ؛ فإنْ كفَى جَميعَهم ، فلا كلامَ ، وإنْ لم يَكْفِهم وتَراضَوْا على قِسْمَتِه بالمُهايَأَةِ أو غيرِها ، جازَ ، وإنْ تَشاحُّوا فى قِسْمَتِه ، قسَمَه الحاكِمُ بينَهم على قَدْرِ أمْلاكِهم ؛ فيَأْخُذُ خشبَةً صُلْبَةً ، أو حجَرًا مُسْتَوِى الطَّرفَيْن والوَسطِ ، فيُوضَعُ على موْضِعٍ مُسْتَوٍ مِنَ الأرْضِ فى مَصْدَمِ الماءِ ، فيه حزوزٌ ، أو ثُقوبٌ مُتَساوِيةٌ فى السَّعَةِ على قَدْرِ حُقوقِهم ، يخْرُجُ من حَزٍّ أو ثُقْبٍ إلى ساقِيَةٍ مُفْرَدَةٍ لكلِّ واحدٍ منهم ، فإذا حصَلَ فى ساقِيَتِه ، فله أنْ يسْقِيَ به ماشاءَ مِنَ الأرْضِ ، سواءٌ كان لها رَسْمُ شِرْبٍ مِن هذا النَّهْرِ أو لم يَكُنْ ، وله أنْ يُعْطِيَه مَن يسْقِى به . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه ، وقدَّمه أيضًا فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ، فى بابِ القِسْمَةِ . ويَأْتِى بعضُ ذلك مصَرَّحًا به فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ القِسْمَةِ . وقال القاضى : ليس له سَقْىُ أرْضٍ ليس لها رَسْمُ شِرْبٍ مِن هذا الماءِ . انتهى . ولكُلِّ واحدٍ مِنَ الشُّركاءِ أنْ

(١) فى م : « لغير صاحبه » .
(٢) فى م : « لأن » .

الشرح الكبير

يَمْلِكُ مِن النَّهْرِ بقَدْرِ ذلك ، فتُؤْخَذُ خَشَبَةٌ ، أو حَجَرٌ مُسْتَوِى الطَّرَفَيْن والوَسَطِ فيُوضَعُ على مَوْضِعٍ مُسْتَوٍ مِن الأرْضِ فى مَصْدَمِ الماءِ ، فيه حُزُوزٌ أو ثُقُوبٌ مُتَساوِيَةٌ فى السَّعَةِ على قَدْرِ حُقُوقِهم يَخْرُجُ[1] مِن كلِّ [2]حَزٍّ أو ثُقْبٍ[2] إلى[3] ساقِيَةٍ مُفْرَدَةٍ لكلِّ واحِدٍ منهم ، فإذا حَصَل الماءُ فى ساقِيَتِه ، انْفَرَدَ به ، فإن كانت أمْلاكُهم مُخْتَلِفَةً ، قُسِمَ على قَدْرِ ذلك ، فإذا كان لأحَدِهم نِصْفُه ، وللثانى ثُلُثُه ، وللثالثِ سُدْسُه ، جُعِل فيه سِتَّةُ ثُقُوبٍ ؛ لصاحِبِ النِّصْفِ ثَلاثَةٌ نُصُبٍ فى ساقِيَتِه ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ اثْنان ، ولصاحِبِ السُّدْسِ واحِدٌ . فإن كان لواحِدٍ الخُمْسانِ ، والباقِى لاثْنَيْن على السَّواءِ ، جُعِل عَشَرَةُ ثُقُوبٍ ؛ لصاحِبِ الخُمْسَيْن أرْبَعةُ نُصُبٍ فى ساقِيَتِه ، ولكلِّ واحِدٍ مِن الآخَرَيْن ثلاثَةٌ . فإن كان النَّهْرُ لعَشَرَةٍ ، لخَمْسَةٍ منهم أراضٍ [١٧٢/٥ظ] قَرِيبَةٌ[4] مِن أوَّلِ النَّهْرِ ، ولخَمْسَةٍ أراضٍ بَعِيدَةٌ ، جُعِل لأصْحابِ القَرِيبَةِ خَمْسَةُ ثُقُوبٍ ، لكلِّ واحِدٍ ثُقْبٌ ، وجُعِل للباقِين خَمْسَةٌ ، تَجْرِى فى النَّهْرِ حتى تَصِلَ إلى أرْضِهم ، ثم تُقْسَمُ بينَهم قِسْمَةً

الإنصاف

[٢٢٧/٢و] يتَصرَّفَ فى ساقِيَتِه المُخْتَصَّةِ به بما أحبَّ ؛ مِن عمَلِ رَحًى عليها ، أو دُولابٍ ، أو عَبَّارَةٍ ؛ وهى خشَبةٌ تُمَدُّ على طريقِ النَّهْرِ ، أو قَنْطَرَةٍ يَعْبُرُ الماءُ فيها ، وغيرِ ذلك مِنَ التَّصَرُّفاتِ . فأمَّا النَّهْرُ المُشْتَرَكُ ؛ فليس لواحدٍ منهم أنْ يتَصرَّفَ

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى ر ١ : « خرق أو نقب » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « الربية » .

الشرح الكبير

أُخْرَى . فإن أراد أحَدُهم أن يُجْرِىَ ماءَه فى ساقِيَةِ غيرِه ليُقاسِمَه فى مَوْضِعٍ آخَرَ ، لم يَجُزْ بغيرِ رِضَاه ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ فى ساقِيَتِه ، ويَخْرُبُ حافَّتَها بغيرِ إذْنِه ، ويَخْلِطُ حَقَّه بحقٍّ غيرِه على وَجْهٍ لا يتَمَيَّزُ ، فلم يَجُزْ ذلك . ويَجِىءُ على قَوْلِنا : إنَّ الماءَ لا يُمْلَكُ . أنَّ حُكْمَ الماءِ فى هذا النَّهْرِ حُكْمُه فى نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، وأنَّ الأسْبَقَ أحَقُّ بالسَّقْىِ ، ثم الذى يَلِيه ، على ما ذَكَرْنا . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه على نحوِ ما ذَكَرْنا .

فصل : وإذا حَصَل نَصِيبُ إنْسانٍ فى ساقِيَتِه(1) ، فله أن يَسْقِىَ به ما شاءَ مِن الأرْضِ ، سَواءٌ كان لها رَسْمُ شُرْبٍ مِن هذا النَّهْرِ أو لم يَكُنْ . وله أن يُعْطِيَه مَن يَسْقِى به . وقال القاضى ، وأصحابُ الشافعىِّ : ليس له سَقْىُ أرْضٍ ليس لها رَسْمُ شُرْبٍ مِن هذا الماءِ ؛ لأنَّ ذلك دالٌّ على أنَّ لها قَسْمًا مِن هذا الماءِ ، فرُبَّما جُعِلَ(2) سَقْيُها منه دَلِيلًا على اسْتِحْقاقِها لذلك ، فيَسْتَضِرُّ الشُّرَكاءُ ، ويَصِيرُ هذا كما لو كان له دارٌ بابُها فى دَرْبٍ لا يَنْفُذُ ، ودارٌ بابُها فى دَرْبٍ آخَرَ ، ظَهْرُها مُلاصِقٌ لظَهْرِ دارِه الأُولَى ، فأراد تَنْفِيذَ إحْداهما إلى الأُخْرَى ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يَجْعَلُ لنَفْسِه اسْتِطْراقًا مِن كلِّ واحِدةٍ مِن الدّارَيْن . ولَنا ، أنَّ هذا ماءٌ انْفَرَدَ باسْتِحْقاقِه ، فكان له أن يَسْقِىَ منه ما شاء ، كما لو انْفَرَدَ به مِن أصْلِه . ولا نُسَلِّمُ ما ذَكَرَه

الإنصاف

فيه بشىءٍ مِن ذلك . قالَه المُصَنِّفُ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والقاضى ، والشّارِحُ ، وغيرُهم . وقالَ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : هل له أنْ يَنْصِبَ عبَّارَةً يجْرِى الماءُ فيها

---

(1) فى م : « ساقية » .

(2) فى الأصل : « حصل » .

الشرح الكبير

فى الدّارَيْن ، وإن سَلَّمْنا فالفَرْقُ بينَهما أنَّ كلَّ دارٍ يَخْرُجُ منها إلى دَرْبٍ مُشْتَرَكٍ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أن لكلِّ دارٍ سُكانًا ، فيَجْعَلُ لسُكّانِ كلِّ واحِدَةٍ منهما اسْتِطْراقًا إلى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ لم يَكُنْ لهم حَقٌّ فى اسْتِطْراقِه ، وهٰهُنا إنَّما يَسْقِى مِن ساقِيَتِه المُفْرَدَةِ التى لا يُشارِكُه غيرُه فيها ، فلو صار لتلك الأرْضِ رَسْمٌ مِن الشُّرْبِ مِن ساقِيَتِه لم يَتَضَرَّرْ بذلك أحَدٌ . ولو كان يَسْقِى مِن هذا النَّهرِ بدُولابٍ ، فأحَبَّ أن يَسْقِىَ بذلك الماءِ أرْضًا لا رَسْمَ لها فى الشُّرْبِ مِن ذلك النَّهرِ ، فالحُكْمُ فى ذلك على ما ذَكَرْنا مِن الخِلافِ . وإن كان الدُّولابُ يَغْرِفُ مِن نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، جاز أن يَسْقِىَ بنَصِيبِه مِن الماءِ أرْضًا لا رَسْمَ لها فى الشُّرْبِ منه، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه. فإن ضاق الماءُ، قُدِّمَ الأسْبَقُ [٥/١٧٣و] فالأسْبَقُ ، على ما مَضَى .

فصل : ولكلِّ واحِدٍ منهم أن يَتَصَرَّفَ فى ساقِيَتِه المُخْتَصَّةِ به بما أحَبَّ مِن إجْراءِ(١) غيرِ هذا الماءِ فيها ، أو عَمَلِ رَحًى عليها ، أو دُولابٍ ، أو عَبَّارةٍ ، وهى خَشَبَةٌ تُمَدُّ على طَرَفَى النَّهرِ ، أو قَنْطَرَةٍ يَعْبُرُ فيها الماءُ ، أو غيرِ ذلك مِن التَّصَرُّفاتِ ؛ لأنَّها مِلْكُه ، ولا حَقَّ فيها لغيرِه . فأمّا النَّهْرُ المُشْتَرَكُ ، فليس لواحِدٍ منهم أن يتصَرَّفَ فيه بشيءٍ مِن ذلك ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى النَّهْرِ المُشْتَرَكِ ، أو فى حَرِيمِه بغيرِ إذْنِ شُرَكائِه . وقال القاضى فى العَبّارَةِ : هذا يَنْبَنِى على الرِّوايَتَيْن فى مَن أراد أن يُجْرِىَ ماءَه فى أرْضِ غيرِه .

الإنصاف

مِن مَوْضِعٍ آخَرَ ؟ على رِوايتَيْن . نصَّ عليهما فى مَن أرادَ أنْ يُجْرِىَ ماءَه فى أرْضِ غيرِه ليَسْقِىَ زَرْعَه ، وكان به حاجَةٌ إليه ، هل يجوزُ ؟ على رِوايتَيْن . زادَ ابنُ عَقِيلٍ ،

---

(١) بعده فى م : « ماء » .

الشرح الكبير

والصَّحِيحُ أنَّه لا يَجُوزُ هٰهُنا ، ولا يَصِحُّ قِياسُ هذا على إجْراءِ الماءِ فى أرْضِ غيرِه ؛ لأنَّ إجْراءَ الماءِ فى أرْضٍ يَنْفَعُ صاحِبَها ، لأنَّه يَسْقِى عُرُوقَ شَجَرِه ، ويَشْرَبُه أوَّلًا وآخِرًا . وهذا لا يَنْفَعُ النَّهْرَ ، بل رُبَّما أفْسَدَ حافَّتَيْه ، ولا يَسْقِى له شيئًا . ولو أراد أحَدُ الشُّرَكاءِ أن يَأْخُذَ مِن النَّهْرِ قبل قَسْمِه شيئًا يَسْقِى به أرْضًا فى أوَّلِ النَّهْرِ أو فى غيرِه ، أو أراد إنسانٌ غيرُهم ذلك ، لم يَجزْ ؛ لأنَّهم صارُوا أحَقَّ بالماءِ الخاصِّ فى نَهْرِهم مِن غيرِهم ، ولأنَّ الأخْذَ مِن الماءِ رُبَّما احْتاجَ إلى تَصَرُّفٍ فى حافَّةِ النَّهْرِ المَمْلُوكِ لغيرِه ، أو المُشْتَرَكِ بينَه وبينَ غيرِه . ولو فاض ماءُ هذا النَّهْرِ إلى أرْضِ إنْسانٍ ، فهو مُباحٌ ، كالطَّائِرِ يُعَشِّشُ فى مِلْكِ إنْسانٍ . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى ذلك على نحوِ ما ذَكَرْنا .

فصل : وإن قَسَمُوا ماءَ النَّهْرِ المُشْتَرَكِ بالمُهايَأةِ ، جاز ، إذا تَراضَوْا به وكان حَقُّ كلِّ واحِدٍ منهم مَعْلُومًا ، مثلَ أن يَجْعَلُوا لكلٍّ حِصَّةٍ يومًا ولَيْلَةً . وإن قَسَمُوا النَّهارَ ، فجَعَلُوا الواحِدِ مِن طُلُوعِ الشَّمْسِ إلى الزَّوالِ ، وللآخَرِ مِن الزَّوالِ إلى الغُرُوبِ ، ونحوَ ذلك ، جاز . وإن قَسَمُوه ساعاتٍ ، وأمْكَنَ ضَبْطُ ذلك بشىءٍ مَعْلُومٍ ، جاز . فإذا حَصَل الماءُ لأحَدِهم فى نَوْبَتِه ، فأراد أن يَسْقِىَ به أرْضًا ليس لها رَسْمُ شُرْبٍ مِن هذا ، أو يُؤْثِرَ به إنسانًا ، أو يُقْرِضَه إيَّاه على وَجْهٍ لا يَتَصَرَّفُ فى حافَّةِ النَّهْرِ ، جاز . وعلى قولِ القاضى ، وأصحابِ الشافعىِّ ، يَنْبَغِى أن لا يجوزَ ؛ لِما

الإنصاف

الأصحُّ المَنْعُ . وكذا قال المُصَنِّفُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : والصَّحيحُ أنَّه لا يجوزُ هنا ، ولا يصِحُّ قِياسُ هذا على إجْراءِ الماءِ فى أرْضِ غيرِه .

الشرح الكبير

تَقَدَّمَ . وإن أراد صاحِبُ النَّوْبَةِ أن يُجْرِىَ (١ مع مائِه ماءً له آخَرَ ، يَسْقِى به أرْضَه التى لها رَسْمُ شُرْبٍ مِن النَّهْرِ ١) ، أو أرْضًا له أُخْرَى ، أو سَأَلَه إنْسانٌ (٢ أن يُجْرِىَ ٢) له ماءً مع مائِه فى هذا النَّهْرِ لِيُقاسِمَه [٥/١٧٣ظ] إيّاه فى مَوْضِعٍ آخَرَ على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بالنَّهْرِ ولا بأحدٍ ، جاز ذلك ، فى قِياسِ قولِ أصْحابِنا ؛ فإنهم قالوا فى مَن اسْتَأْجَرَ أرْضًا : جاز أن يُجْرِىَ فيها ماءً فى نَهْرٍ مَحْفُورٍ ، إذا كان فيها . ولأنَّه مُسْتَحِقٌّ لنَفْعِ النَّهْرِ فى نَوْبَتِه بإجْراءِ الماءِ ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرَها لذلك .

فصل : القِسْمُ الثّانِى ، أن يكونَ مَنْبَعُ الماءِ مَمْلُوكًا ، مثلَ أنِ اشْتَرَكَ جَماعَةٌ فى اسْتِنْباطِ عَيْنٍ وإجْرائِها ، فإنَّهم يَمْلِكُونَها أيضًا ، لأنَّ ذلك إحْياءٌ لها ، ويَشْتَرِكُون فيها وفى ساقِيَتِها على حَسَبِ ما أنْفَقُوا عليها وعَمِلُوا فيها ، كما ذَكَرْنا فى النَّهْرِ فى القِسْمِ الذى قبلَه ، إلَّا أنَّ الماءَ غيرُ مَمْلُوكٍ ثَمَّ ؛ لأنَّه مُباحٌ دَخَل مِلْكَه ، فأشْبَه ما لو دَخَل بُسْتانَه صَيْدٌ ، وههُنا يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْن ، أصَحُّهما أنَّه غيرُ مَمْلُوكٍ أيضًا ، وقد ذَكَرْنا ذلك فى كِتابِ البَيْعِ (٣) . وعلى كلِّ حالٍ فلكلِّ أحَدٍ أن يَسْتَقِىَ مِن الماءِ الجارِى لشُرْبِه ووُضُوئِه وغُسْلِه وغَسْلِ ثِيابِه ، ويَنْتَفِعَ به فى أشْباهِ ذلك ممّا لا يُؤَثِّرُ فيه ، مِن غيرِ إذْنِه ، إذا لم يَدْخُلْ إليه فى مكانٍ مُحَوَّطٍ عليه . ولا يَحِلُّ(٤)

الإنصاف ....

(١ - ١) فى الأصل : « له ماء مع مائه فى هذا النهر » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) انظر ما تقدم فى : ١١/٧٨ .

(٤) فى م : « يحصل » .

الشرح الكبير

لصاحِبِه المَنْعُ مِن ذلك ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللهُ إِلَيْهِمْ ، وَلَا يُزَكِّيهِمْ ، وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ؛ رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ فَمَنَعَهُ ابْنَ السَّبِيلِ » . رَواه البُخارِىُّ[1] . وعن بُهَيْسَةَ ، عن أبيها ، أنَّه قال : يا نبىَّ اللهِ ، ما الشىءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « الماءُ » . قال : يا نَبِىَّ اللهِ ، ما الشىءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « المِلْحُ » . قال : يا نَبِىَّ اللهِ ، ما الشىءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « أَنْ تَفْعَلَ الخَيْرَ خَيْرٌ لَكَ » . رَواه أبو داودَ[2] . ولأنَّ ذلك لا يُؤَثِّرُ فى العادَةِ ، وهو فاضِلٌ عن حاجَةِ صاحِبِ النَّهْرِ . وأمَّا ما يُؤَثِّرُ ، كسَقْىِ الماشِيَةِ الكَثِيرَةِ ، فإن فَضَل عن حاجَتِه ، لَزِمَه بَذْلُه ، وإلَّا لم يَلْزَمْه ، وقد ذَكَرْناه .

فصل : إذا كان النَّهْرُ أو السَّاقِيَةُ مُشْتَرَكًا بينَ جَماعَةٍ ، فأرادُوا إكْراءَه ، أو سَدَّ شِقٍّ[3] فيه ، أو إصْلاحَ حائِطِه ، أو شىءٍ منه ، كان ذلك عليهم على حَسَبِ مِلْكِهِم فيه ، فإن كان بعضُهم أدْنَى إلى أوَّلِه مِن بعضٍ ، اشْتَرَكَ الكلُّ فى إصْلاحِه وإكْرائِه ، إلى أن يَصِلُوا إلى الأوَّلِ ، ثم لا شىءَ على الأوَّلِ ، ويَشْتَرِكُ الباقُونَ حتى يَصِلُوا إلى الثانِى ، ثم يَشْتَرِكُ مَن بعدَه كذلك ، كلَّما انْتَهَى العَمَلُ إلى مَوْضِعِ واحِدٍ منهم ، لم يَكُنْ عليه فيما بعدَه [٥/١٧٤و]

الإنصاف ....

(١) فى : باب إثم من منع ابن السبيل من الماء ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣/١٤٥ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٩ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى كراهية الأيمان فى الشراء والبيع ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٤ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٠٠ .

(٣) فى م : « بثق » .

المقنع

وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُحْيِيَ أَرْضًا مِنَ الْمَوَاتِ، تَرْعَى فِيهَا دَوَابُّ الْمُسْلِمِينَ الَّتِي يَقُومُ بِحِفْظِهَا، مَالَمْ يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ. وَلَيْسَ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ.

الشرح الكبير

شيءٌ. وبهذا قال الشافعيُّ، وحُكِيَ عن أبي حنيفةَ. وقال أبو يُوسُفَ، ومحمدٌ: يَشْتَرِكُ جَمِيعُهم في إكْرائِه كلِّه؛ لأنَّهم يَنْتَفِعُونَ بجَمِيعِه، فإنَّ ما جاوَزَ الأوَّلَ مَصَبٌّ لمائِه، وإن لم يَسْقِ أرْضَه. ولَنا، أنَّ الأوَّلَ إنَّما يَنْتَفِعُ بالماءِ الذي في مَوْضِعِ شُرْبِه، وما بعدَه إنَّما يَخْتَصُّ بالانْتِفاعِ[1] مِن دُونِه، فلا يُشارِكُهم في مُؤْنَتِه، كما لا يُشارِكُهم في نَفْعِه. فإن كان يَفْضُلُ عن جَمِيعِهم منه ما يَحْتاجُ إلى مَصْرِفٍ، فمُؤْنَتُه على جَمِيعِهم؛ لاشْتِراكِهم في الحاجَةِ إليه والانْتِفاعِ به، فكانت مُؤْنَتُه عليهم كلِّهم، كأوَّلِه.

٢٤٨٨ - مسألة: (ولِلإمامِ أن) يَحْمِيَ (أرْضًا مِن المَواتِ، تَرْعَى فيها دَوابُّ المسلمِين التي يَقُومُ بحِفْظِها، ما لم يُضَيِّقْ على النّاسِ) ولا يجوزُ ذلك (لغيرِه) مَعْنَى الحِمَى، أن يَحْمِيَ أرْضًا، يَمْنَعُ النّاسَ رَعْيَ حَشِيشِها، ليَخْتَصَّ بها. وكانتِ العَرَبُ في الجاهِلِيَّةِ تَعْرِفُ ذلك، فكان منهم مَن إذا انْتَجَعَ بَلَدًا أقام كَلْبًا على نَشْزٍ، ثم اسْتَعْواه، ووَقَف له مِن كلِّ ناحِيَةٍ مَن يَسْمَعُ صَوْتَه بالعُواءِ، فحيثُ انْتَهَى صَوْتُه حَماه مِن كلِّ ناحِيَةٍ لنَفْسِه، ويَرْعَى مع النّاسِ فيما سِواه. فنَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عنه؛ لِما

الإنصاف

....

(١) بعده في م: «به».

الشرح الكبير

فِيه مِن التَّضْييقِ على النّاسِ ومَنْعِهِم مِن الانْتِفاعِ بشيءٍ لهم فيه حَقٌّ، فرَوَى الصَّعْبُ بنُ جَثّامَةَ، قال: سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ: «لَا حِمَى إِلَّا لِلّٰهِ وَلِرَسُولِه». رَواه أبو داودَ(١). وقال عليه الصلاةُ والسّلامُ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فى ثَلَاثٍ؛ فِى المَاءِ، والنَّارِ، والكَلَأ». رَواه الخَلّالُ(٢). فليس لأحَدٍ مِن النّاسِ أن يَحْمِيَ سِوَى الأئِمّةِ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الخَبَرِ والمَعْنَى. فأمّا النبىُّ ﷺ فقد كان له أن يَحْمِيَ لنَفْسِه وللمسلمين؛ لقَوْلِه: «لا حِمَى إِلَّا لِلّٰهِ ولِرَسُولِهِ». ولم يَحْمِ لنَفْسِه شيئًا، وإنَّما حَمَى للمسلمين، فرَوَى ابنُ عُمَرَ، قال: حَمَى النبىُّ ﷺ النَّقِيعَ لخَيْلِ المسلمينُ. رَواه أبو عُبَيْدٍ(٣). والنَّقِيعُ، بالنُّونِ: مَوْضِعٌ يُنْتَقَعُ فيه الماءُ، فيَكْثُرُ فيه الخِصْبُ؛ لمَكانِ الماءِ الذى يَصِيرُ فيه. وأمّا سائِرُ أئِمَّةِ المسلمين، فليس لهم أن يَحْمُوا لأنْفُسِهِم شيئًا، ولكنْ لهم أن يَحْمُوا مواضِعَ لتَرْعَى فيها خَيْلُ المُجاهِدِين، ونَعَمُ الجِزْيَةِ، وإبِلُ الصَّدَقَةِ، وضَوالُّ الناسِ التى يَقُومُ الإمامُ بحِفْظِها، وماشِيَةُ الضَّعِيفِ مِن النّاسِ، على وَجْهٍ لا يَسْتَضِرُّ به مَن [٥/١٧٤ظ] سِواه مِن النّاسِ. وبهذا

---

(١) فى: باب فى الأرض يحميها الإمام أو الرجل، من كتاب الخراج. سنن أبى داود ٢/١٦٠.
كما أخرجه البخارى، فى: باب لا حمى إلا لله ولرسوله، من كتاب المساقاة، وفى: باب أهل الدار يبيتون ....، من كتاب الجهاد. صحيح البخارى ٣/١٤٨، ٤/٧٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٤/٣٨، ٧١، ٧٣.

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/٨٠.

(٣) فى: باب حمى الأرض ذات الكلأ والماء. الأموال ٢٩٨. كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٢/١٥٥، ١٥٧.

الشرح الكبير

قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ فى صَحِيحِ قَوْلَيْه . وقال فى الآخَرِ : ليس لغيرِ النبىِّ ﷺ أن يَحْمِىَ ؛ لقَوْلِه : « لَا حِمَى إِلَّا لِلّٰهِ وَلِرَسُولِهِ » . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّ عُمَرَ وعُثْمانَ حَمَيا ، واشْتَهَر ذلك فى الصحابةِ ، فلم يُنْكَرْ عليهما ، فكان إجْماعًا ، فرَوَى أبو عُبَيْدٍ[1] ، بإسْنادِه ، عن عامِرِ ابنِ عبدِ اللهِ بنِ الزُّبَيْرِ ، أحْسَبُه عن أبيه ، قال : أَتَى أعْرابِىٌّ عُمَرَ ، فقال : يا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ ، بِلادُنا قاتَلْنا عليها فى الجاهِلِيَّةِ ، وأَسْلَمْنا عليها فى الإِسْلامِ ، عَلامَ تَحْمِيها ؟ قال : فأَطْرَقَ عُمَرُ ، وجَعَلَ يَنْفُخُ ويَفْتِلُ شارِبَه وكان إذا كَرَبَه أمْرٌ فَتَل شارِبَه ، ونَفَخ . فلَمّا رَأَى الأَعْرابِىُّ ما به جَعَل يُرَدِّدُ ذلك ، فقال عُمَرُ : المالُ مالُ اللهِ ، والعِبادُ عِبادُ اللهِ ، واللهِ لولا ما أَحْمِلُ عليه فى سَبِيلِ اللهِ ما حَمَيْتُ مِن الأَرْضِ شِبْرًا فى شِبْرٍ . قال مالِكٌ : بَلَغَنِى أنَّه كان يَحْمِلُ فى كلِّ عامٍ على أَرْبَعِين أَلْفًا مِن الظَّهْرِ . وعن أسْلَمَ قال : سَمِعْتُ عُمَرَ يقولُ لِهُنَىٍّ حينَ اسْتَعْمَلَه على حِمَى الرَّبْذَةِ[2] : يا هُنَىُّ ، اضْمُمْ جَناحَك عن الناسِ ، واتَّقِ دَعْوَةَ المَظْلُومِ فإنَّها مُجابَةٌ ، وأَدْخِلْ رَبَّ الصَّرِيمَةِ والغُنَيمَةِ ، ودَعْنِى مِن نَعَمِ ابنِ عَوْفٍ ونَعَمِ ابنِ عَفّانَ ، فإنَّهما إن هَلَكَتْ ماشِيَتُهما رَجَعا إلى نَخْلٍ وزَرْعٍ ، وإنَّ هذا المِسْكِينَ إن هَلَكَتْ ماشِيَتُه جاء يَصْرُخُ : يا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ . فالكَلأُ أَهْوَنُ عَلَىَّ أمْ غُرْمُ الذَّهَبِ والوَرِقِ ، إنَّها أَرْضُهم قاتلُوا عليها فى الجاهِلِيَّةِ ، وأَسْلَمُوا عليها

الإنصاف ....

(١) فى : الأموال ٢٩٩ .

(٢) الربذة : موضع قرب المدينة .

المقنع وَمَا حَمَاهُ النَّبِىُّ ﷺ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ .

الشرح الكبير فى الإسْلامِ ، وإنَّهم ليَرَوْنَ أنّا نَظْلِمُهم ، ولولا النَّعَمُ التى نَحْمِلُ عليها فى سَبيلِ اللهِ ما حَمَيْتُ على الناسِ مِن بلادِهم شيئًا أبدًا[1] . وهذا إجماعٌ منهم . ولأنَّ ما كان لمَصالِحِ المسلمين ، قامَتِ الأئِمَّةُ فيه مَقامَ رسولِ اللهِ ﷺ ، فقد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَا أَطْعَمَ اللهُ لِنَبِىٍّ طُعْمَةً إِلَّا[2] جَعَلَها طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ »[3] . والخَبَرُ مَخْصُوصٌ . وما حَماه لنَفسِه يُفارِقُ حِمَى النبىِّ ﷺ لنَفْسِه ؛ لأنَّ صَلاحَه يَعُودُ إلى صَلاحِ المسلمين ، ومالَه كان يَرُدُّه على المسلمين . وليس لهم أن يَحْمُوا إلَّا قَدْرًا لا يُضَيِّقُ على[4] المسلمين ويَضُرُّ بهم ؛ لأنَّه إنَّما جاز لِما فيه مِن المَصْلَحَةِ لِما يَحْمِى ، وليس مِن المَصْلَحَةِ إدْخالُ الضَّرَرِ على أكْثَرِ الناسِ .

٢٤٨٩ – مسألة : (وما حَماه النبىُّ ﷺ فليس [٥/١٧٥و] لأحَدٍ نَقْضُه) ولا تَغْيِيرُه مع بَقاءِ الحاجَةِ إليه ؛ لأنَّ ما حَكَم به النبىُّ ﷺ نصٌّ

الإنصاف قوله : وما حَماه النَّبىُّ ، ﷺ ، فليس لأحَدٍ نَقْضُه . بلا نِزاعٍ . وسواءٌ كان النَّبىُّ[5] ، ﷺ ، حَماه لنَفْسِه أو لغيرِه ، وهذا مع[5] بَقاءِ الحاجَةِ إليه ، ومَن أحْيا

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا أسلم قوم فى دار الحرب ... إلخ ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٨٧/٤ .

(٢) فى م : « لا » .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٣٠/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١ .

(٤) فى م : « عن » .

(٥) سقط من : الأصل .

المقنع

وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الْأَئِمَّةِ فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

لا يَجُوزُ نَقْضُه بالاجْتِهادِ . ومَن أحْيا منه شيئًا لم يَمْلِكْه . وإن زالَتِ الحاجَةُ إليه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أصَحُّهما ، أنَّه لا يَجُوزُ نَقْضُه ؛ لِما ذَكَرْنا . فأمّا (ما حَماه غيرُه مِن الأئمّةِ) فغَيَّرَه هو أو غيرُه مِن الأئِمَّةِ ، جاز . وإن أحْياه إنسانٌ ، مَلَكَه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ حِمَى الأئِمَّةِ اجْتِهادٌ ، ومِلْكُ الأرْضِ بالإحْياءِ نَصٌّ ، والنَّصُّ يُقَدَّمُ على الاجْتِهادِ . والوَجْهُ الآخَرُ ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّ اجْتِهادَ الإمامِ لا يَجُوزُ نَقْضُه ، كما لا يجوزُ نَقْضُ حُكْمِه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ الاجْتِهادَ فى حِماه فى تلك المُدَّة دُونَ غيرِه ، ولهذا مَلَكَ الحامِى نَقْضَه . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا على نحوِ ما ذَكَرْنا .

الإنصاف

منه شيئًا ، لم يَمْلِكْه ، لكِنْ لو زالَتِ الحاجَةُ إليه ، فهل يجوزُ نقْضُه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وقيل : يجوزُ نقْضُه . والحالَةُ هذه .

قوله : وما حَماه غيرُه مِنَ الأئمَّةِ ، فهل يجوزُ نَقْضُه ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ أحدُهما ، يجوزُ نقْضُه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الفائقِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى تَذْكِرَتِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يجوزُ نقْضُه . فعلى هذا الوَجْهِ ، يَمْلِكُه مُحْيِيه . على الصَّحيحِ . صحَّحه فى

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف « الفائق » . وجزَم به فى « الكافِى » . (١قال الشَّارِحُ : وهو أَوْلَى١) . وقيل : لا يمْلِكُه . وأطْلَقَهما (١فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ »١) ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوجَّهُ فى بَعْضِ الإطْلاقاتِ الخِلافُ ونقَل حَرْبٌ ، القَطائعُ جائزةٌ ، وأنْكَرَ شدِيدًا قوْلَ مالِكٍ : لا بأْسَ بقَطائعِ الأُمَراءِ . وقال : يْزعُمُ أنَّه لا بأْسَ بقَطائِعِهم . وقال فى رِوايَةِ يَعْقُوبَ : قَطائِعُ الشَّامِ ، والجَزيرَةِ ، مِنَ المَكْروهَةِ ، كانت لبَنِى أُمَيَّةَ ، فأخذَها هؤلاءِ . ونقَل محمدُ بنُ داودَ[٢] ، ما أَدْرِى ما هذه القَطائعُ ؟ يُخْرِجُونَها ممَّن شاءُوا . قال أبو بَكْرٍ : لأنَّه يَمْلِكُها مَن أُقْطِعَها ، فكيف تخْرُجُ منه ؟

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) محمد بن داود بن صبيح المصيصى ، أبو جعفر ، كان من خواص أصحاب الإمام أحمد ورؤسائهم ، وكان يكرمه ويحدثه بأشياء لا يحدث بها غيره . وحدث عن الإمام بمسائل كثيرة مصنفة على نحو مسائل الأثرم . انظر : طبقات الحنابلة ١/٢٩٦ ، ٢٩٧ ، تهذيب التهذيب ٩/١٥٤ .

المقنع

بَابُ الجَعَالَةِ

....

الشرح الكبير

بابُ الجَعالَةِ[1]

الجَعالَةُ أن يَجْعَلَ جُعْلًا مِن رَدِّ آبِقٍ أو ضالَّةٍ ، أو بناءِ حائِطٍ ، أو خِياطَةِ ثَوْبٍ ، وسائِرِ ما تَجُوزُ الإِجارَةُ عليه . وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعيِّ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالفًا . والأَصْلُ في ذلك قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[2] . وروَى أبو سعيدٍ ، أنَّ ناسًا مِن أصْحابِ رسولِ اللهِ ﷺ أتَوْا حَيًّا مِن أحْياءِ العَرَبِ ، فلم يَقْرُوهم ، فبَيْنا هم كذلك إذ لُدِغ سَيِّدُ أولئك ، فقالُوا : هل فيكم راقٍ ؟ فقالُوا : لم تَقْرُونا ، فلا نَفْعَلُ حتى تَجْعَلُوا لنا جُعْلًا . فجَعَلُوا لهم قَطِيعَ شِياهٍ ، فجَعَل رجلٌ منهم يَقْرَأُ بأُمِّ القُرْآنِ ، ويَجْمَعُ بُزاقَه ويَتْفُلُ ، فبَرَأَ الرجلُ ، فأتَوْهم بالشَّاءِ . فقالُوا : لا نَأْخُذُها حتى نَسْأَلَ عنها رَسولَ اللهِ ﷺ ، فسألُوا النبيَّ ﷺ ، فقال : « وَمَا أَدْرَاكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ ؟ خُذُوهَا ، واضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ » . رَواه البخاريُّ[3] . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، فإنَّ العَمَلَ قد يَكونُ مَجْهولًا ، كرَدِّ الضَّالَّةِ والآبِقِ ، فلا تَنْعَقِدُ الإِجارَةُ عليه ، وقد

الإنصاف

بابُ الجَعالَةِ

....

---

(1) سقط هذا الباب من المطبوعة .

(2) سورة يوسف ٧٢ .

(3) تقدم تخريجه في ١٤/٣٨١ .

المقنع وَهِيَ أَنْ يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِى ، أَوْ لُقَطَتِى ، أَوْ بَنَى لِيَ هَذَا الْحَائِطَ ، فَلَهُ كَذَا .

الشرح الكبير لا يَجِدُ مَن يَتَبَرَّعُ به ، فدَعَتِ الحاجَةُ إلى بَذْلِ العِوَضِ فيه مع جَهالَةِ العَمَلِ ؛ لأنَّها غيرُ لازِمةٍ ، بخِلافِ الإجارَةِ ، ألا تَرَى أنَّ الإجارَةَ لمّا كانت لازِمَةً ، افْتَقَرَتْ إلى تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، والعُقُودُ الجائِزَةُ كالشَّرِكَةِ والوَكالَةِ لا يَجِبُ [٥/١٧٥ ظ] تَقْدِيرُ مُدَّتِها ، لأنَّ الجائِزَةَ[1] لكلِّ واحدٍ منهما تَرْكُها ، فلا يُؤَدِّى إلى أن يَلْزَمَه مَجْهُولٌ ، بخِلافِ اللازِمَةِ .

٢٤٩٠ - مسألة : (وهى أن يقولَ : مَن رَدَّ عَبْدِى ، أو لُقَطَتِى ، أو بَنَى لى هذا الحائطَ ، فله كذا) فإذا قال ذلك صَحَّ ، وكان عَقْدًا جائِزًا ، لكلِّ واحدٍ منهما الرُّجُوعُ فيه قبلَ حُصُولِ العَمَلِ .

الإنصاف **فائدة** : قولُه ، وهى أنْ يقولَ : مَن رَدَّ عَبْدِى ، أو لُقَطَتِى ، أو بنَى لى هذا الحائطَ ، فله كذا . قال فى « الرِّعايَةِ » : وهى أنْ يجْعَلَ زَيْدٌ شيئًا مَعْلومًا لمَن يعْمَلُ له عَمَلًا مَعْلومًا ، أو مَجْهولًا مُدَّةً مَجْهولَةً . قال الحارِثِىُّ : وهى فى اصْطِلاحِ الفُقَهاءِ ، جَعْلُ الشىءِ مِن المالِ لمَن يفْعَلُ أمْرَ كذا . قال : وهذا أعَمُّ ممَّا قال المُصَنِّفُ ؛ لتناوُلِه الفاعِلَ المُبْهَمَ والمُعَيَّنَ ، وما قال لا يتَناوَلُ المُعَيَّنَ . انتهى . قلتُ : لكِنَّه يدْخُلُ بطَرِيقٍ أوْلَى .

تنبيه : قولُه : مَن ردَّ عَبْدِى . يقْتَضِى صِحَّةَ العَقْدِ فى ردِّ الآبِقِ . وسيَأْتِى آخِرَ البابِ ، أنَّ لرَدِّ الآبِقِ جُعْلًا مُقَدَّرًا بالشَّرْعِ . فالمُسْتَفادُ إذَنْ بالعَقْدِ ، مازادَ على

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ اسْتَحَقَّهُ .

الشرح الكبير

٢٤٩١ - مسألة : (فمَن فعَلَه بعدَ أن بَلَغَه الجُعْلُ ، اسْتَحقَّه) لِما

الإنصاف

المُقَدَّرِ المَشْروعِ . فوجودُ الجَعالَةِ يُوجِبُ أكثرَ الأمْرَيْن مِن المُقَدَّرِ والمَشْروطِ ، قالَه الحارِثِيُّ . (١) وظاهِرُ كلامِ الأكثرِ ، أنَّه لا يسْتَحِقُّ إلَّا ما شرَطَه له ، وإنْ كان أقلَّ مِن دِينارٍ ، وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » (١) .

فائدة : الجَعالَةُ نَوْعُ إجارَةٍ ؛ لوُقوعِ العِوَضِ فى مُقابلَةِ مَنْفَعَةٍ ، وإنَّما تُميَّزُ بكَوْنِ الفاعِلِ لا يلْتَزِمُ الفِعْلَ ، وبكَوْنِ العَقْدِ قد يقَعُ مُبْهَمًا لا مع مُعَيَّنٍ ، ويجوزُ فى الجَعالَةِ الجَمْعُ بينَ تَقْديرِ المُدَّةِ والعَمَلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا . كالإجارَةِ . وتقدَّم ذلك فى الإجارَةِ أيضًا .

قوله : فمَن فعَلَه بعدَ أنْ بلَغَه الجُعْلُ ، اسْتَحَقَّه . بلا نِزاعٍ . فإنْ كانوا جماعَةً ، فهو بينَهم بالسَّوِيَّةِ . وإنْ بلَغَه فى أثْنائِه ، اسْتَحَقَّ بالقِسْطِ . فإنْ تَلِفَ الجُعْلُ ، كان له مِثْلُه إنْ كان مِثْلِيًّا ، وإلَّا قِيمَتُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : إذا عيَّن عِوَضًا ، ملَكَه بفَراغِ العَمَلِ ، فلو تَلِفَ ، فله أُجْرَةُ المِثْلِ .

فائدة : لو ردَّه مِن نِصْفِ الطَّريقِ المُعَيَّنَةِ ، أو قال : مَن ردَّ عَبْدَىَّ . فردَّ أحدَهما ، فله نِصْفُ الجُعْلِ ، (٢) وإنْ ردَّه مِن ثُلُثِ الطَّريقِ ، اسْتَحَقَّ الثُّلُثَ ، ومِن ثُلُثَى الطَّريقِ ، اسْتَحَقَّ الثُّلُثَيْن . فيسْتَحِقُّ ، إذا ردَّه مِن أقْرَبَ مِنَ المَوْضِعِ الذى عَيَّنَه ، بالقِسْطِ (٢) ، وإنْ ردَّه مِن مَسافَةٍ أبْعَدَ مِنَ المُعَيَّنَةِ ، فله المُسَمَّى لا غيرُ . ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » ، وتَبِعَه فى « الرِّعايَةِ » وغيرِه ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » .

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .
(٢ - ٢) سقط من : ط .

المقنع وَإِنْ فَعَلَهُ جَمَاعَةٌ ، فَهُوَ بَيْنَهُمْ .

الشرح الكبير ذَكَرْنا مِن الآيَةِ وحديثِ أبى سعيدٍ . ولأنَّه عِوَضٌ يُسْتَحَقُّ بالعَمَلِ ، فلا يَسْتَحِقُّه مَن لم يَعْمَلْ ، كالأُجْرَةِ فى الإِجارَةِ .

٢٤٩٢ – مسألة : (وإن فَعَلَه جَماعَةٌ ، فهو بينَهم) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه يَجُوزُ أن يَجْعَلَ الجُعْلَ لواحِدٍ بعَيْنِه ، فيَقُولَ : إن رَدَدْتَ عَبْدِى ، فلك دِينارٌ . فلا يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ مَن رَدَّه سِواه . ويَجُوزُ أن يَجْعَلَه لغيرِ مُعَيَّنٍ ، فيَقُولَ : مَن رَدَّ عَبْدِى فله دِينارٌ . فمَن رَدَّه اسْتَحَقَّ الجُعْلَ . ويَجُوزُ أن يَجْعَلَ لواحِدٍ فى رَدِّه شيئًا مَعْلُومًا ، ولآخَرَ أكْثَرَ منه أو أقَلَّ . ويَجُوزُ أن يَجْعَلَ للمُعَيَّنِ عِوَضًا ، ولسائِرِ النّاسِ عِوَضًا آخَرَ ؛ لأنَّه يَجُوزُ أن يَكُونَ الأجْرُ[1] فى الإِجارَةِ مُخْتَلِفًا مع التَّساوِى فى العَمَلِ ، فهٰهُنا أوْلَى . فإن قال : مَن رَدَّ لُقَطَتِى فله دِينارٌ . فرَدَّها ثَلاثَةٌ ، فلهم الدِّينارُ بينَهم أثْلاثًا ؛ لأنَّهم اشْتَرَكُوا فى العَمَلِ الذى يُسْتَحَقُّ به العِوَضُ ، فاشْتَرَكُوا فى العِوَضِ ، كالأجْرِ فى الإِجارَةِ . فإن قيلَ : أليس لو قال : مَن دَخَل هذا النَّقْبَ فله دِينارٌ . فدَخَلَه جَماعَةٌ ، اسْتَحَقَّ كلُّ واحِدٍ منهم دِينارًا كامِلًا ، فلِمَ لا يَكُونُ هٰهُنا كذلك ؟ قُلْنا : لأنَّ كلَّ واحِدٍ مِن الدّاخِلِين دَخَل دُخُولًا كامِلًا ، كدُخُولِ المُنْفَرِدِ ، فاسْتَحَقَّ العِوَضَ كامِلًا ، وهٰهُنا لم يَرُدَّه واحِدٌ منهم كامِلًا ، إنَّما اشْتَرَكُوا فيه ، فاشْتَرَكُوا فى عِوَضِه . فنَظِيرُ مَسْألَةِ الدُّخُولِ ما لو قال : مَن رَدَّ عَبْدًا مِن عَبِيدِى فله دِينارٌ . فرَدَّ كلُّ واحِدٍ منهم عَبْدًا .

الإنصاف ....

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

ونَظِيرُ مَسأَلَةِ الرَّدِّ ما لو قال : مَن نَقَب السُّورَ فله دِينارٌ . فنَقَبَ ثَلاثَةٌ نَقْبًا واحِدًا ، فإن جَعَل لواحِدٍ فى رَدِّها دِينارًا ، ولآخَرَ دِينارَيْن ، ولثالثٍ ثَلاثَةً ، فلكُلِّ واحِدٍ منهم ثُلُثُ ما جَعَل له ؛ لأنَّه عَمِل ثُلُثَ العَمَلِ ، فاسْتَحَقَّ ثُلُثَ المُسَمَّى . فإن جَعَل لواحِدٍ دِينارًا ، ولآخَرَيْن عِوَضًا مَجْهُولًا ، فرَدُّوه معًا ، فلصاحِبِ الدِّينارِ ثُلُثُه ، وللآخَرَيْن أجْرُ عَمَلِهما . فإن جَعَل لواحِدٍ شيئًا فى رَدِّها ، فرَدَّها هو وآخَرَانِ معه[1] ، وقالوا : رَدَدْناها مُعاوَنَةً له . اسْتَحَقَّ جَمِيعَ الجُعْلِ ، ولا شىءَ لهما . وإن [١٧٦/٥ و] قالا : رَدَدْناه لنَأْخُذَ العِوَضَ لأنْفُسِنا . فلا شىءَ لهما ، وله ثُلُثُ الجُعْلِ ؛ لأنَّه عَمِل ثُلُثَ العَمَلِ ، فاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الجُعْلِ ، ولم يَسْتَحِقَّ الآخرانِ شيئًا ؛ لأنَّهما عَمِلا مِن غيرِ جُعْلٍ . وهذا كلُّه مذهبُ الشافعىِّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا .

فصل : وإن قال : مَن رَدَّ عَبْدِى مِن بَلَدِ كذا فله دِينارٌ . فرَدَّه إنسانٌ مِن نِصْفِ طَرِيقِ ذلك البَلَدِ ، اسْتَحَقَّ نِصْفَ الجُعْلِ ؛ لأنَّه عَمِل نِصْفَ العَمَلِ . وكذلك لو قال : مَن رَدَّ عَبْدَىَّ فله دِينارٌ . فرَدَّ أحَدَهُما ، فله نِصْفُ الدِّينارِ ؛ لأنَّه رَدَّ نِصْفَ العَبْدَيْن . وإن رَدَّ العَبْدَ مِن غيرِ البَلَدِ المُسَمَّى ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّه لم يَجْعَلْ فى رَدِّه منه شيئًا ، فأشْبَهَ ما لو جَعَل فى رَدِّ أحدِ عَبْدَيْه شيئًا[1] مُعَيَّنًا فرَدَّ الآخَرَ . ولو قال : مَن رَدَّ عَبْدِى فله دِينارٌ . فرَدَّه إنسانٌ إلى نِصْفِ الطَّرِيقِ ، فهَرَبَ منه ، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا ؛

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَمَنْ فَعَلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَسْتَحِقَّهُ ، سَوَاءٌ رَدَّهُ قَبْلَ بُلُوغِ الْجُعْلِ أَوْ بَعْدَهُ .

الشرح الكبير لأنَّه شَرَط الجُعْلَ بردِّه ، ولم يَرُدَّه . وكذلك لو ماتَ . كما لو اسْتَأْجَرَ لخِياطَةِ ثَوْبٍ ، فخاطه ولم يُسَلِّمْه حتى تَلِف ، لم يَسْتَحِقَّ أُجْرَةً . فإن قيل : فإن كان الجاعِلُ قد قال : مَن وَجَدَ لُقَطَتِى فله دِينارٌ . فقد وُجد الوِجْدانُ ؟ قُلْنا : قَرِينَةُ الحالِ تَدُلُّ على اشْتِراطِ الرَّدِّ إذ المَقْصُودُ الرَّدُّ لا الوِجْدانُ المُجَرَّدُ ، وإنَّما اكْتَفَى بذِكْرِ الوِجْدانِ ؛ لأنَّه سَبَبُ الرَّدِّ ، فصارَ كأنَّه قال : مَن وَجَد لُقَطَتِى فرَدَّها عَلَيَّ فله دِينارٌ .

٢٤٩٣ – مسألة : (وإن فعَلَه قبلَ ذلك لم يَسْتَحِقَّه ، سواءٌ رَدَّه قبلَ بُلُوغِه الجُعْلَ أو بعدَه) إذا الْتَقَطَ لُقَطَةً قبلَ أن يَبْلُغَه الجُعْلُ ، لم يَسْتَحِقَّ الجُعْلَ ؛ لأنَّه الْتَقَطَها بغيرِ عِوَضٍ ، وعَمِل فى مالِ غيرِه بغيرِ جُعْلٍ جُعِلَ[1] له ، فلم يَسْتَحِقَّ شيئًا ، كما لو الْتَقَطَها ولم يَجْعَلْ رَبُّها فيها شيئًا . وفارَقَ المُلْتَقِطَ بعدَ بُلُوغِ الجُعْلِ ، فإنَّه إنَّما بَذَلَ مَنافِعَه بعِوَضٍ جُعِل له ، فاسْتَحَقَّه ، كالأجيرِ إذ عَمِل بعدَ العَقْدِ . وسَواءٌ كان الْتِقاطُه لها بعدَ الجُعْلِ أو قبلَه ؛ لِما ذَكَرْناه . ولا يَسْتَحِقُّ أخْذَ الجُعْلِ برَدِّها ؛ لأنَّ الرَّدَّ واجِبٌ عليه مِن غيرِ عِوَضٍ ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عن الواجِبِ ، كسائِرِ الواجِباتِ ، وسَواءٌ رَدَّها قبلَ العِلْمِ بالجُعْلِ أو بعدَه ؛ لذلك ، وإنَّما يأْخُذه المُلْتَقِطُ فى مَوْضِعٍ يَجُوزُ له أخْذُه عِوَضًا عن الالْتِقاطِ المُباحِ .

الإنصاف ....

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إِذَا كَانَ الْعِوَضُ مَعْلُومًا .

الشرح الكبير

٢٤٩٤ - مسألة : (وتَصِحُّ على مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إذا كان العِوَضُ مَعْلُومًا) لأنَّها عَقْدٌ جائِزٌ مِن الطَّرَفَيْن ، فجازَ أن يَكُونَ العَمَلُ فيها [١٧٦/٥ ظ] مَجْهُولًا والمُدَّةُ مَجْهُولَةً ، كالشَّرِكَةِ والوَكالَةِ ، ولأنَّ الجائِزَةَ لكلٍّ واحدٍ منهما فَسْخُها ، فلا يُؤَدِّى إلى أن يَلْزَمَه مَجْهُولٌ عنده إذا كان العِوَضُ مَعْلُومًا ، ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى كَوْنِ العَمَلِ مَجْهُولًا ، وكذلك المُدَّةُ ؛ لكَوْنِه لا يَعْلَمُ مَوْضِعَ الضّالَّةِ والآبِقِ ، ولا حاجَةَ إلى جَهالَةِ العِوَضِ ، ولأنَّ العَمَلَ لا يَصِيرُ لازِمًا ، فلم يُشْتَرَطْ كَوْنُه مَعْلُومًا ، والعِوَضُ يَصِيرُ لازِمًا بإتْمامِ العَمَلِ ، فاشْتُرِطَ العِلْمُ به . قال

الإنصاف

قوله : وتصِحُّ على مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إذا كان العِوَضُ مَعْلومًا . يُشْتَرَطُ أنْ يكونَ العِوَضُ مَعْلومًا ، كالأُجْرَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[(١)] : ويحْتَمِلُ أنْ تصِحَّ الجَعالَةُ مع الجَهْلِ بالعِوَضِ ، إذا كان الجَهْلُ لا يمْنَعُ التَّسْليمَ ، نحوَ أنْ يقولَ : مَن ردَّ عبْدِى الآبِقَ ، فله نِصْفُه ، ومَن ردَّ ضالَّتِى ، فله ثُلُثُها . قال الإمامُ أحمدُ : إذا قال الأميرُ فى الغَزْوِ : مَن جاءَ بعَشَرَةِ رُءُوسٍ فله رأْسٌ . جازَ . وقالوا : إذا جعَل جُعْلًا لمَن يدُلُّه [٢٢٧/٢ ظ] على قَلْعَةٍ أو طَريقٍ سَهْلٍ ، وكان الجُعْلُ مِن مالِ الكُفَّارِ ، كجارِيَةٍ بعَيْنِها ، جازَ . فيُخَرَّجُ هنا مِثْلُه . انتهى . وقال الحارِثِىُّ : يُشْتَرَطُ كَوْنَ

---

(١) انظر المغنى ٣٢٤/٨ .

الشرح الكبير

شيْخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ الجَعالَةُ مع الجَهْلِ بالعِوَضِ ، إذا كانت جَهالَةً لا تَمْنَعُ التسْليمَ ، نحوَ أن يقولَ : مَن رَدَّ عَبْدِى الآبِقَ فله نِصْفُه ، ومَن رَدَّ ضالَّتِى فله ثُلُثُها . قال أحمدُ : إذا قال الأميرُ فى الغَزْوِ : مَن جاءَ بعَشْرَةِ أرْؤُسٍ فله رَأْسٌ . جازَ . وقالوا : إذا جَعَل جُعْلًا لمَن يَدُلُّه على قَلْعَةٍ ، أو طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وكان الجُعْلُ مِن مالِ الكُفّارِ ، كجارِيَةٍ يُعَيِّنُها[2] العامِلُ . جازَ . فيُخَرَّجُ ههُنا مِثْلُه . فأمّا إن كانتِ الجَعالَةُ تَمْنَعُ التَّسْليمَ ، لم تَصِحَّ الجَعالَةُ ، وَجْهًا واحدًا . فعلى هذا ، يَسْتَحِقُّ العامِلُ أجْرَ المِثْلِ ؛ لأنَّه عَمِل عَملًا بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فاسْتَحَقَّ أجْرَ المِثْلِ ، كما فى الإجارَةِ .

الإنصاف

الجُعْلِ مَعْلومًا ، فإنْ شرَط عِوَضًا مَجْهولًا فسَد العَقْدُ . وإنْ قال : فلَك ثُلُث الضَّالَّةِ ، أو رُبْعُها . صحَّ ، على ما نصَّ عليه فى الثَّوْبِ يُنْسَجُ بثُلُثِه . والزَّرْعِ يُحْصَدُ ، والنَّخْلِ يُصْرَمُ بسُدْسِه ، لا بَأْسَ به ، وفى الغَزْوِ : مَن جاءَ بعَشَرَةِ أرْؤُسٍ ، فلِه رأسٌ . جازَ . وعندَ المُصَنِّفِ ، لا يصِحُّ ، وللعامِلِ أُجْرَةُ المِثْلِ . والأَوَّلُ المذهبُ . وذكَر المُصَنِّفُ فى أصلِ المَسْألَةِ وَجْهًا بجَوازِ الجَهالَةِ التى لا تمْنَعُ التَّسْليمَ ، ونظَّر بمَسْألَةِ الثُّلُثِ ، واسْتَشْهَدَ بنَصِّه الذى حَكَيْناه فى الغَزْوِ ، وبما إذا جعَل جُعْلًا لمَن يدُلُّه على قَلْعَةٍ ، أو طريقٍ سَهْلٍ ، وكان الجُعْلُ مِن مالِ الكُفَّارِ ، جازَ أنْ يكونَ مَجْهولًا ، كجارِيَةٍ يُعَيِّنُها للعامِلِ . قال : فيُخَرَّجُ هنا

---

(١) فى : المغنى ٨/٣٢٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وكلُّ ما جازَ أن يكُونَ عِوَضًا فى الإجارَةِ ، جازَ أن يَكُونَ عِوَضًا فى الجَعالَةِ ، وكلُّ ما جازَ أخْذُ العِوَضِ عليه فى الإجارَةِ مِن الأعْمالِ ، جازَ أخذُه عليه فى الجَعالَةِ ، وما لا يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عليه فى الإجارَةِ ، كالغِناءِ[1] ، والزَّمْرِ ، وسائِرِ المُحَرَّماتِ ، لا يَجُوزُ أخْذُ الجُعْلِ عليه ، وما يَخْتَصُّ فاعِلُه أنْ يَكُونَ مِن أهْلِ القُرْبَةِ مِمَّا لا يَتَعَدَّى نَفْعُه فاعِلَه ؛ كالصَّلاةِ والصيامِ ، لا يَجُوزُ أخْذُ الجُعْلِ عليه ، فأمَّا ما يَتَعَدَّى نَفْعُه ؛ كالأذانِ والحَجِّ ، ففيه وَجْهانِ ، كالرِّوايَتَيْن فى الإجارَةِ . ويفارِقُ الإجارَةَ فى أنَّها عَقْدٌ جائزٌ ، وهى عَقْدٌ لازِمٌ ، وأنَّه لا يُعْتَبَرُ العِلْمُ بالمُدَّةِ ، ولا بمِقْدارِ العَمَلِ ، ولا يُعْتَبَرُ وُقُوعُ العَقْدِ مع واحدٍ مُعَيَّنٍ ، وقد ذَكَرْناه .

الإنصاف

مِثْلُه . انتهى . [2]وقد قطَع فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، مع اشْتِراطِهم أنْ يكونَ الجُعْلُ مَعْلومًا ، فظاهِرُه ، أنَّ جَعْلَ جُزْءٍ مُشاعٍ مِنَ الضَّالَّةِ ، ليس بمَجْهُولٍ[2] .

فائدة : إذا كانتِ الجَهالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، لم تصِحَّ الجَعالَةُ ، قَوْلًا واحدًا ، ويسْتَحِقُّ أُجْرَةَ المِثْلِ مُطْلَقًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل فى رَدِّ الآبِقِ ، المُقَدَّرُ شَرْعًا . [2]وكذا إنْ كانتْ لا تمْنَعُ التَّسْلِيمَ . على المذهبِ ، كما تقدَّم ، وله أُجْرَةُ المِثْلِ[2] .

---

(١) فى ر٢ : « كالبغاء » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان العَمَلُ مَعْلُومًا ، مثلَ أن يَقُولَ : مَن رَدَّ عَبْدِى مِن البَصْرَةِ . أو : بَنَى لى هذا الحائِطَ . أو : خاطَ قَمِيصِى هذا ، فله كذا . صَحَّ ؛ لأنَّه إذا صَحَّ مع الجَهالَةِ ، فمع العِلْمِ أوْلَى . وإن عَلَّقَه بمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، فقال : مَن رَدَّ عَبْدِى مِن العِراقِ فى شَهْرٍ فله دِينارٌ . أو : مَن خاطَ قَمِيصِى فى هذا اليومِ فله دِرْهَمٌ . صَحَّ ؛ لأنَّ المُدَّةَ إذا [١٧٧/٥ و] جازَتْ مَجْهُولَةً ، فمع التَّقْدِيرِ أوْلَى . فإن قيل : مثلُ هذا لا يَجوزُ فى الإجارَةِ ، فى الصَّحِيحِ مِن المَذْهَبِ ، فكيفَ جازَ فى الجَعالَةِ ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينَهما مِن وُجُوهٍ ؛ أحَدُها ، أنَّ الجَعالَةَ يَحْتَمِلُ فيها الغَرَرُ ، وتَجُوزُ مع جَهالَةِ العَمَلِ والمُدَّةِ ، بخِلافِ الإجارَةِ . الثانى ، أنَّ الجَعالَةَ عَقْدٌ جائِزٌ ، فلا يَلْزَمُ بالدُّخُولِ فيها مع الغَرَرِ ضَرَرٌ ، بخِلافِ الإجارَةِ ، فإنَّها عَقْدٌ لازِمٌ ، فإذا دَخَل فيها مع الغَرَرِ ، لَزِمَه ذلك . الثالثُ ، أنَّ الإجارَةَ إذا قُدِّرَتْ بمُدَّةٍ ، لَزِمَه العَمَلُ فى جَمِيعِها ، ولا يَلْزَمُه بعدَها ، فإذا جَمَع بينَ تَقْدِيرِ المُدَّةِ والعَمَلِ فرُبَّما عَمِلَه قبلَ المُدَّةِ ، فإن قُلْنا : لا يَلْزَمُه . فقد خلا بعضُ المُدَّةِ مِن العَمَلِ ، وإنِ انقَضَتِ المُدَّةُ قبلَ عَمَلِه ، فألْزَمْناه

الإنصاف

فائدة : لو قال : مَن داوَى لى هذا حتى يبْرَأَ مِن جُرْحِه أو مَرَضِه أو رَمَدِه ، فله كذا . لم يصِحَّ مُطْلَقًا . على الصَّحِيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه القاضى . وقيل : تصِحُّ جَعالَةً . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، والمُصَنِّفُ . نقَلَه الزَّرْكَشِىُّ فى الإجارَةِ . وقيل : تصِحُّ إجارَةً .

المقنع

وَهِىَ عَقْدٌ جَائِزٌ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا [١٤٩و] فَسْخُهَا . فَمَتَى فَسَخَهَا الْعَامِلُ ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، وَإِنْ فَسَخَهَا الْجَاعِلُ بَعْدَ الشُّرُوعِ ، فَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ .

الشرح الكبير

إتمامَ العَمَلِ (١)فقد لَزِمَه العَمَلُ فى غيرِ المُدَّةِ المَعْقُودِ عليها . وإن قُلْنا : لا يَلْزَمُه العَمَلُ(١) . فما أَتَى بالمَعْقُودِ عليه مِن العَمَلِ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا ، فإنَّ العَمَلَ الذى يَسْتَحِقُّ به الجُعْلَ عَمَلٌ مُقَيَّدٌ بمُدَّةٍ ، إن أَتَى به فيها اسْتَحَقَّ الجُعْلَ ، و لم يَلْزَمْه شىءٌ آخَرُ ، وإن لم يَفِ به فيها ، فلا شىءَ له .

٢٤٩٥ – مسألة : (وهِىَ عَقْدٌ جائِزٌ ، لكلِّ واحِدٍ منهما فَسْخُها . فمتى فَسَخَها العامِلُ ، لم يَسْتَحِقَّ شيْئًا ، وإن فَسَخَها الجاعِلُ بعدَ الشُّرُوعِ ، فعليه للعامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِه) لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا . فمتى فَسَخَها العامِلُ قبلَ تَمامِ العَمَلِ ، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا ؛ لأَنَّه أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِه ، حيث لم يَأْتِ بما شَرَطَ عليه العِوَضَ ، ويَصِيرُ كعامِلِ المُضارَبَةِ إذا فَسَخَها قبلَ ظُهُورِ الرِّبْحِ ، وإن فَسَخَها الجاعِلُ قبلَ الشُّرُوعِ فى العَمَلِ ، فلا شىءَ عليه ، وإن كان بعدَ التَّلَبُّسِ بالعَمَلِ ، فعليه للعامِلِ أَجْرُ مِثْلِه ؛ لأَنَّه عَمِل بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له . وإن زادَ فى الجُعْلِ أو نَقَص منه قبلَ الشُّرُوعِ فى العَمَلِ ، جازَ ؛ لأَنَّه عَقْدٌ جائِزٌ ، فجازَتِ الزِّيادَةُ والنُّقْصانُ قبلَ العَمَلِ ، كالمُضارَبَةِ .

الإنصاف

....

(١ – ١) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى أَصْلِ الْجُعْلِ ، أَوْ قَدْرِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَاعِلِ .

الشرح الكبير **٢٤٩٦** – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفا فى أصْلِ الجُعْلِ ، أو قَدْرِه ، فالقَوْلُ قَوْلُ الجاعِلِ) مع يَمِينِه ؛ لأَنَّه مُنْكِرٌ ، والأصْلُ بَراءَةُ ذِمَّتِه . ويَحْتَمِلُ أن يَتَحالَفا إذا اخْتَلَفا فى قَدْرِ العِوَضِ ، كالأَجِيرِ والمُسْتَأْجِرِ إذا اخْتَلَفا فى قَدْرِ الأُجْرَةِ . فإذا تَحالَفا ، فُسِخَ العَقْدُ ، ووَجَب أَجْرُ المِثْلِ . وكذلك الحُكْمُ إذا اخْتَلَفا فى المَسافَةِ ، فقال : جَعَلْتُ لك الجُعْلَ على رَدِّها مِن حَلَبَ . قال : بل على رَدِّها مِن حِمْصٍ . وإذا اخْتَلَفا فى عَيْنِ العَبْدِ الذى جُعِل الجُعْلُ فى رَدِّه ، فقال : رَدَدْتُ [١٧٧/٥ ظ] العَبْدَ الذى شَرَطْتَ لِىَ الجُعْلَ فيه . فأنْكَرَ الجاعِلُ ، وقال : بل شَرَطْتُه فى العَبْدِ الذى لم تَرُدَّه . فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأَنَّه أعْلَمُ بشَرْطِه ، ولأَنَّه ادَّعَى عليه شَرْطًا فأنْكَرَه ، والأصْلُ عَدَمُه .

الإنصاف قوله : وإنِ اخْتَلَفا فى أصْلِ الجُعْلِ أو قَدْرِه ، فالقَوْلُ قَوْلُ الجاعِلِ . هذا المذهبُ فى قَدْرِه ، وعليه جمهورُ الأصحابِ . قال القاضى : هذا قِياسُ المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل : يَتَحالَفان فى قَدْرِ الجُعْلِ ؛ قِياسًا على اخْتِلافِ الأجيرِ والمُسْتَأْجِرِ فى قَدْرِ الأُجْرَةِ . وهو احْتِمالٌ للقاضى ، و تَبِعَه مَن بعدَه على ذلك ، وهو تخْريجٌ فى « الرِّعايَةِ » . فعليه[1] ، يُفْسَخُ العَقْدُ ، وتجِبُ أُجْرَةُ المِثْلِ .

---

(١) فى ط : « فلعله » .

المقنع وَمَنْ عَمِلَ لِغَيْرِهِ عَمَلًا بِغَيْرِ جُعْلٍ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ، إِلَّا فِي رَدِّ الْآبِقِ ، ....

الشرح الكبير **٢٤٩٧** – مسألة : (ومَن عَمِل لغيره عَمَلًا بغيرِ جُعْلٍ ، فلا شيءَ له ، إلَّا فى رَدِّ الآبِقِ) لا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا ؛ لأنَّه عَمَلٌ يَسْتَحِقُّ به العِوَضَ

الإنصاف **تنبيه** : قال الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » ، فى قوْلِ المُصَنِّفِ : فالقَوْلُ قَوْلُ الجاعِلِ : تجَوُّزٌ منه ؛ فإنَّه ليس بجاعِلٍ فيما إذا اخْتَلَفا فى أصْلِ الجَعالَةِ . انتهى . قلتُ : (١إنَّما حُكِمَ١) بكَوْنِه جاعِلًا فى المَسْألَتَيْن فى الجُمْلَةِ . أمَّا فى اخْتِلافِهم فى قَدْرِ الجُعْلِ ، فهو جاعِلٌ بلا رَيْبٍ . وأمَّا فى اخْتِلافِهم فى أصْلِ الجُعْلِ ، فليس بجاعِلٍ بالنِّسْبَةِ إلى نَفْسِه ، وهو جاعِلٌ بالنِّسْبَةِ إلى زَعْمِ غَرِيمِه . فعلى الأوَّلِ ، يكونُ مِن بابِ إطْلاقِ اللَّفْظِ المُتَواطِئ إذا أُرِيدَ به بعضُ مَحالِّه ، وهو كثيرٌ شائِعٌ فى كَلامِهم ، على ما تقدَّم فى كتابِ الطَّهارَةِ .

فائدة : وكذا الحُكْمُ لوِ اخْتَلَفا فى قَدْرِ المَسافَةِ .

تنبيه : ظاهِرُ قَوْلِه : ومَن عَمِلَ لغيرِه عَمَلًا بغيرِ جُعْلٍ ، فلا شيءَ له . ولو كان العَمَلُ تخْلِيصَ مَتاعِ غيرِه مِن فَلاةٍ ، ولو كان هَلاكُه فيه مُحَقَّقًا ، أو قريبًا منه ؛ كالبَحْرِ ، وفَمِ السَّبُعِ ، وهو قَوْلُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وله احْتِمالٌ بذَلك . فى غيرِ « المُجَرَّدِ » ، وهو ظاهِرُ كلامِ جماعةٍ مِنَ الأصحابِ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ المَنْصُوصِ عن أحمدَ ، أنَّه يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ مِثْلِه فى ذلك ، بخِلافِ اللُّقَطَةِ ، وعليه الأصحابُ . وكذلك لوِ انْكَسَرَتِ السَّفينَةُ ، فخَلَّصَ قَوْمٌ الأمْوالَ مِنَ البَحْرِ ، فإنَّه يجِبُ لهم الأُجْرَةُ على المُلَّاكِ . ذكَرَه فى « المُغْنِى » ،

(١ – ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير مع المُعاوَضَةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ(١) مع عَدَمِها ، كالعَمَلِ فى الإجارَةِ .

الإنصاف و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وألْحَقَ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وجماعةٌ بذلك ، العَبْدَ إذا خَلَّصَه مِن فَلاةٍ مُهْلِكَةٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ذكَرَه فى بابِ إحْياءِ المَواتِ . وتقدَّمَتِ الإشارَةُ إلى ذلك هناك . وحكَى القاضى احْتِمالًا فى العَبْدِ ، بعَدَمِ الوُجوبِ ، كاللُّقَطَةِ ، وأوْرَدَ فى « المُجَرَّدِ » على نصِّ أحمدَ ، فى مَن خلَّصَ مِن فَمِ السَّبعِ شاةً ، أو خَرُوفًا ، أو غيرَهما ، أنَّه لمالِكِه الأوَّلِ ، ولا شئَ للمُخَلِّصِ . وقال المَجْدُ فى « مُسَوَّدَتِه » : وعندِى أنَّ كلامَ أحمدَ ، على ظاهِرِه فى وُجوبِ الأُجْرَةِ على تخْليصِ المَتاعِ مِنَ المَهالِكِ ، دُونَ الآدَمِىِّ ؛ لأنَّ الآدَمِىَّ أهْلٌ فى الجُمْلَةِ لحِفْظِ نَفْسِه . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والسَّبْعِين »(٢) : وفيه نظَرٌ ، فقد يكونُ صغيرًا أو عاجِزًا ، وتخْليصُه أهَمُّ و أوْلَى مِنَ المَتاعِ ، وليس فى كلامِ أحمدَ تفْرِقَةٌ . انتهى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو تَلِفَ ما خلَّصَه مِن هَلَكَةٍ ، لم يضْمَنْه مُنْقِذُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يضْمَنُه . حَكاه فى « التَّلْخيصِ » . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالثَةِ والأرْبَعِين » : وفيه بُعْدٌ . الثَّانيةُ ، متى كان العَمَلُ فى مالِ الغيرِ إنْقاذًا له مِنَ التَّلَفِ المُشْرِفِ عليه ، كان جائزًا ، كذَبْحِ الحَيوانِ المأْكُولِ إذا خِيفَ مَوْتُه . صرَّح به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . واقْتَصَر عليه فى آخِرِ « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والسَّبْعِين » [٢٢٨/٢و] ، وقال : ويفيدُ هذا أنَّه لا يضْمَنُ ما نقَص بذَبْحِه .

(١) بعده فى را : « الجعل » .

(٢) فى النسخ : « الثمانين » والمثبت كما هو فى القواعد .

المقنع

فَإِنَّ لَهُ بِالشَّرْعِ دِينَارًا أَوِ اثْنَىْ عَشَرَ دِرْهَمًا .

الشرح الكبير

٢٤٩٨ – مسألة : فأمّا رَدُّ الآبِقِ ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ بردِّه وإن لم يَشْرُطْ له . رُوِىَ ذلك عن عُمَرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وبه قال شُرَيْحٌ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، ومالكٌ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن

الإنصاف

تنبيه : مُرادُ المُصَنِّفِ وغيرِه ، بقَوْلِهم : ومَن عَمِلَ لغيرِه عمَلًا بغيرِ جُعْلٍ ، فلا شىءَ له . غيرُ المُعَدِّ لأخذِ الأُجْرَةِ . فأمَّا المُعَدُّ لأخْذِها ، فله الأُجْرَةُ قَطْعًا ؛ كالمَلَّاحِ ، والمُكارِى ، والحَجَّامِ ، والقَصَّارِ ، والخَيَّاطِ ، والدَّلَّالِ ، ونحوِهم ممَّن يرْصُدُ نَفْسَه للتَّكَسُّبِ بالعَمَلِ ، فإذا عَمِلَ ، اسْتَحَقَّ أُجْرَةَ المِثْلِ . نصَّ عليه . وتقدَّم بعضُ ذلك فى بابِ الإجارَةِ .

قوله : إلَّا فى رَدِّ الآبِقِ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . وعنه ، لا شىءَ لرادِّه مِن غيرِ جَعالَةٍ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، وقال : هو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . ونازَعَ الزَّرْكَشِىُّ المُصَنِّفَ فى كَوْنِ هذا رِوايَةً عن أحمدَ ، وأنَّه ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ .

قوله : فإنَّ له بالشَّرْعِ دِينارًا ، أو اثْنَىْ عَشَرَ دِرْهَمًا[1] . هذا المذهبُ . قال فى « الرِّعايَةِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهما : وسواءٌ كان يُساوِيهما أوْ لا ، وسواءٌ كان زَوْجًا أو ذا رَحِمٍ فى عِيالِ المالِكِ أوْ لا . قال الحارِثِىُّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، إنْ ردَّه مِن خارِجِ

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَعَنْهُ ، إِنْ رَدَّهُ مِنْ خَارِجِ الْمِصْرِ فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا .

الشرح الكبير أحمدَ ، أنَّه لم يَكُنْ يُوجِبُ ذلك . قال ابنُ مَنْصُورٍ : سُئِلَ أحمدُ[(١)] عن جُعْلِ الآبِقِ ؟ فقال : لا أدْرِى ، قد تَكَلَّمَ الناسُ فيه . لم يَكُنْ عندَه فيه حَديثٌ صَحِيحٌ . فظاهِرُ هذا أنَّه لا جُعْلَ له فيه . وهو ظاهِرُ قَوْلِ الخِرَقِىِّ ، فإنَّه قال : وإذا أَبَقَ العَبْدُ فلِمَن جاءَ به إلى سَيِّدِه ما أنْفَقَ عليه . ولم يَذْكُرْ جُعْلًا . وهذا قولُ النَّخَعِىِّ ، والشافعىِّ[(٢)] ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه عَمِلَ لغيرِه عَمَلًا مِن غيرِ أن يَشْرُطَ له عِوَضًا ، فلم يَسْتَحِقَّ شيئًا ، كما لو رَدَّ جَمَلَه الشَّارِدَ . ووجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، ما روَى عَمْرُو[(٣)] بنُ دِينارٍ ، وابنُ أبى مُلَيْكَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ جَعَلَ فى رَدِّ الآبِقِ ، إذا جاءَ به خارِجًا مِن الحَرَمِ ، دِينارًا[(٤)] . وأيضًا فإنَّه قولُ مَن سَمَّيْنا مِن الصَّحابَةِ ، ولم نَعْرِفْ لهم فى زَمَنِهم مُخالِفًا ، فكان إجْماعًا . ولأنَّ فى شَرْطِ الجُعْلِ فى رَدِّهم حَثًّا على رَدِّ الأُبَّاقِ[(٥)] وصِيانَةً لهم عن الرُّجُوعِ إلى دارِ الحَرْبِ ورِدَّتِهم عن دِينِهم وتَقْوِيَةِ أهْلِ الحَرْبِ بهم ، فيَنْبَغِى أن يكونَ مَشْرُوعًا ؛ لهذه المَصْلَحَةِ .

الإنصاف المِصْرِ ، فله أرْبَعُون دِرْهَمًا ، قَرُبَتِ المَسافَةُ أو بَعُدَتْ . قال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ ، و « الفائِقِ » : اخْتارَه الخَلَّالُ . وعنه ، ومِنَ المِصْرِ عشَرَةٌ . قال

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى حاشية الأصل : « والليث والخرق وأهل الظاهر ويروى عن الحكم » .

(٣) فى ر٢ : « عمر » .

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/٥٤٠ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ .

(٥) فى الأصل : « الآبق » .

الشرح الكبير

وبهذا فارَقَ الشّارِدَ ، فإنَّه لا يُفْضِى إلى ذلك . قال شَيْخُنا[1] : والرِّوايَةُ الأُخْرَى أقْرَبُ إلى الصِّحَّةِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الوُجُوبِ ، والخَبَرُ المَرْوِىُّ فى هذا مُرْسَلٌ ، وفيه مَقالٌ ، و لم يَثْبُتِ الإجْماعُ فيه ولا القِياسُ ، فإنَّه لم يَثْبُتِ اعْتِبارُ الشَّرْعِ لهذه المَصْلَحَةِ المَذْكُورَةِ فيه ، ولا تَحَقَّقَتْ أيضًا ، فإنَّه ليس الظاهِرُ هَرَبَهم إلى دارِ الحَرْبِ إلَّا فى المَجْلُوبِ منها ، إذا كانت قَرِيبَةً ، وهذا بَعِيدٌ فيهم . فأمّا على الرِّوايَةِ الأُولَى ، فقد اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى قَدْرِ الجُعْلِ ، فرُوِىَ عنه ، أنَّه عَشَرَةُ دَراهِمَ ، أو دِينارٌ ، إن رَدَّه مِن

الإنصاف

الخَلَّالُ : اسْتَقَرَّتْ عليه الرِّوايَةُ . قال القاضى : هذا رِوايَةٌ واحِدَةٌ . وجزَم به ابنُ البَنَّا فى « خِصالِه » ، وصاحِبُ « عُيونِ المَسائِلِ » ، وقال : الرِّوايَةُ الصَّحيحةُ مِن خارِجِ المِصْرِ ، دِينارٌ ، أو عَشرةُ دَراهِمَ . قال فى « الفائقِ » : ولو ردَّ الآبِقَ ، فله ، بغيرِ شَرْطٍ ، عَشَرةُ دَراهِمَ . وعنه ، اثْنا عَشَرَ . وعنه ، أرْبَعُون دِرْهمًا مِن خارِجِ المِصْرِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : فى « المُغْنِى » ، إذا ردَّه مِنَ المِصْرِ دِينارٌ ، أو عَشَرَةُ دَراهِمَ ، وفى « الكافِى » ، دِينارٌ ، أو اثْنا عَشَرَ دِرْهَمًا ، فى رِوايَةٍ ، وفى أُخْرَى ، دِينارٌ . وفى « خِلافَىِ الشَّرِيفِ ، وأبى الخَطَّابِ » ، و « الجامِعِ الصَّغِيرِ » ، دِينارٌ ، أو اثْنا عَشَرَ دِرْهَمًا فى رِوايَةٍ ، وفى أُخْرَى ، عَشَرَةُ دَراهِمَ . انتهى . وتقدَّم كلامُ القاضى ، وابنِ البَنَّا ، والحَلْوانِىِّ . وقال الحارِثِىُّ : إذا ردَّه مِن داخِلِ المِصْرِ ، فله عَشَرَةُ دَراهِمَ ، قَوْلًا واحدًا . نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَرْبٍ . قال : ولا أعْلَمُ نَصًّا بخِلافِه . وفى كتابِ « الرِّاوِيَتَيْن » للقاضى ، لا تخْتَلِفُ الرِّوايَةُ ، إذا جاءَ به مِنَ المِصْرِ ، أنَّ له عَشَرةَ دَراهِمَ . وقالَه ابنُ أبى مُوسى فى

---

(١) فى : المغنى ٨/٣٢٩ .

الشرح الكبير

المِصْرِ ، وإن [١٧٨/٥ و] رَدَّه مِن خارِجِه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَلْزَمُه دِينارٌ ، أو اثْنا عَشَرَ دِرْهَمًا ؛ للخَبَرِ المَذْكُورِ ، ولأنَّ ذلك يُرْوَى عن عمرَ ، وعلىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . والثانيةُ ، له[1] أرْبَعُونَ دِرْهَمًا إذا رَدَّه مِن خارجِ المِصْرِ . اخْتارَهَا الخَلَّالُ . وهو قولُ ابنِ مسعودٍ ، وشُرَيْحٍ ، فرَوَى أبو عمرٍو الشَّيْبانِىُّ ، قال : قُلْتُ لعبدِ اللهِ بنِ مسعودٍ : إنِّى أصَبْتُ عَبِيدًا أُبَّاقًا . فقال : لك أجْرٌ وغَنِيمةٌ . فقلتُ : هذا الأجْرُ ، فما الغَنِيمَةُ ؟ فقال : مِن كلِّ رَأْسٍ أرْبَعون[2] دِرْهَمًا[3] . وقال أبو إسحاقَ : أعْطَيْتُ الجُعْلَ فى زَمَنِ مُعاوِيَةَ أرْبَعِينَ دِرْهَمًا . وهذا يَدُلُّ على أنَّه مُسْتَفِيضٌ فى العَصْرِ الأوَّلِ . قال الخَلَّالُ : حَدِيثُ ابنِ مسعودٍ أصَحُّ إسْنادًا . ورُوِىَ عن عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، أنَّه قال : إذا وَجَدَه على

الإنصاف

« الإرْشادِ » . ونقَلَه أبو بَكْرٍ فى « زادِ المُسافِرِ » ، و « التَّنْبِيهِ » . وقالَه القاضى أيضًا فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، ولم يُورِدُوا سِواه . قال : فأمَّا ما[4] فى « المُقْنِعِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفُروعِ » لأبِى الحُسَيْنِ ، و « الأعْلامِ » لابن بَكْروسٍ ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهم ، مِنَ التَّقْديرِ بالدِّينارِ أوِ اثْنَىْ عَشَرَ ، وفى داخِلِ المِصْرِ ، كما فى خارِجِه ، فلا يَثْبُتُ .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى النسخ : « أربعين » والمثبت كما فى مصنف عبد الرزاق .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٤١/٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب الجعل فى الآبق ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٠٨/٨ .

(٤) سقط من : الاصل .

الشرح الكبير

مَسِيرَةِ ثَلاثٍ ، فله ثَلاثَةُ دَنانِيرَ . وقال أبو حنيفةَ : إن رَدَّه مِن مَسِيرَةِ ثلاثَةِ أيامٍ ، فله أرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وإن كان مِن دُونِ ذلك ، يُرْضَخُ له على قَدْرِ المَكانِ الذى تَعَنَّى إليه . ولا فَرْقَ عندَ إمامِنا بينَ أن يَزِيدَ الجُعْلُ على قِيمَةِ العَبْدِ أو لا يَزِيدَ . وبهذا قال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان قَلِيلَ القِيمَةِ ، نَقَص الجُعْلُ عن قِيمَتِه دِرْهَمًا ؛ لئَلَّا يَفُوتَ عليه العَبْدُ جَمِيعُه . ولَنا ، عُمُومُ الدَّلِيلِ ؛ ولأنَّه جُعْلٌ يُسْتَحَقُّ فى رَدِّ الآبِقِ ، فاسْتَحَقَّه

الإنصاف

وأصْلُ ذلك كلِّه ، قوْلُ القاضى فى « الجامِعِ الصَّغِيرِ » : مَن ردَّ آبِقًا ، اسْتَحَقَّ دِينارًا ، أوِ اثْنَىْ عَشَرَ دِرْهَمًا ، سواءٌ جاءَ به مِنَ المِصْرِ أو خارِجِ المِصْرِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . والأُخْرَى ، إنْ جاءَ به مِنَ المِصْرِ ، اسْتَحَقَّ عَشرةَ دَراهِمَ ، وإنْ جاءَ به مِن خارِجِ المِصْرِ ، اسْتَحَقَّ أرْبَعِين دِرْهَمًا . فمنهم مَن حكَى ذلك كلَّه ، ومنهم مَنِ اخْتَصَّ العَشَرَةَ فى المِصْرِ ؛ بِناءً على أنَّها معْنَى الدِّينارِ ، وأنَّ الدِّينارَ قد يُقَوَّمُ بالعَشَرةِ والاثْنَىْ عَشَرَ ، فيكونُ داخِلًا فى الرِّوايَةِ الأُولَى[1] . قال : وهذا الذى قالَه القاضى مِنِ اسْتِحْقاقِ الدِّينارِ ، أو الاثْنَىْ عَشَرَ فى المِصْرِ ، لا أصْلَ له فى كَلامِ أحمدَ ، ألْبَتَّةَ ، ولا دَلِيلَ عليه . انتهى كلامُ الحارِثِىِّ . قلتُ : وفيه نظَرٌ ؛ لأنَّ ناقِلَ هذه الرِّوايَةِ هو[2] القاضى ، وهو الثِّقَةُ الأمِينُ فى النَّقْلِ ، بل هو ناقِلُ غالِبِ رِواياتِ المذهبِ ، ولا يَلْزَمُ مِن عدَمِ اطِّلاعِ الحارِثِىِّ على هذه الرِّوايَةِ أنْ لا[2] تكونَ نُقِلَتْ عنِ الإمامِ أحمدَ ، خُصوصًا وقد تابَعَه عليها[3] الأعْلامُ المُحَقِّقُون .

---

(١) سقط من : ط .
(٢) سقط من : الأصل ، ط .
(٣) فى ط ، ا : « هؤلاء » .

المقنع وَيأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِى قُوتِهِ ، وَإِنْ هَرَبَ مِنْهُ فِى طَرِيقِهِ .

الشرح الكبير وإن زادَ على قِيمَتِه ، كالذى جَعَلَه صاحِبُه .

٢٤٩٩ - مسألة : (ويَأْخُذُ منه ما أنْفَقَ) على الآبِقِ فى قُوتِه ، سَواءٌ رَدَّه أو هَرَب منه فى طَرِيقِه ؛ لأنَّ نَفَقَتَه على سَيِّدِه ، وقد قامَ الذى جاءَ به مَقامَ السَّيِّدِ فى أداءِ الواجِبِ عليه ، فرَجَعَ به ، كما لو أذِن له . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه أنْفَقَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، أشْبَهَ غيرَ الآبِقِ . ولَنا على أبى حنيفةَ ، أنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الجُعْلَ ؛ لِما فى رَدِّه مِن المَصْلَحَةِ ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ أن يَرْتَدَّ ويَلْحَقَ بدارِ الحَرْبِ ، وهذا المَعْنَى مَوْجُودٌ فى النَّفَقَةِ ، ولأنَّ هذه مَصْلَحَةٌ لجماعَةِ المُسْلِمِين ، وهو مِن جُمْلَتِهم ، فيَجِبُ أن يُحْتَسَبَ له بذلك ، كما لو أعارَ رجلًا عَبْدًا ليَرْهَنَه ، فرَهَنَه ، وامْتَنَعَ المُسْتَعِيرُ مِن فَكاكِه ، فافْتَكَّه مالِكُه ، احْتُسِبَ له بما وَرِثَه عنه ؛ لأنَّ له فيه مَصْلَحَةً . وقد وافَقَ الشافعىُّ على ذلك .

الإنصاف **تنبيه** : دخَل فى عُمومِ كلامِ المُصَنِّفِ ، لو ردَّه الإمامُ . وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » . ونقَل حَرْبٌ ، إنْ ردَّه الإمامُ ، فلا شئَ له . وجَزم به ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » ، وقال : وذلك[1] لانْتِصابِه للمَصالِحِ ، وله حَقٌّ فى بَيْتِ المالِ على ذلك . وكذا قال الحارِثِىُّ ، وقطَع به . وتقَدَّم نَظِيرُها فى عامِلِ الزَّكاةِ .

قوله : ويأْخُذُ مِنه ما أنْفَقَ عليه فى قُوتِه . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، سواءٌ قُلْنا باسْتِحْقاقِ الجُعْلِ أم لا . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ »

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، اسْتُحِقَّ ذَلِكَ فِى تَرِكَتِهِ .

الشرح الكبير

٢٥٠٠ – مسألة : (وإن ماتَ السَّيِّدُ ، اسْتُحِقَّ ذلك فى تَرِكَتِه) يَعْنِى الجُعْلَ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال [٥/١٧٨ ظ] أبو يُوسُفَ : إن كان الذى رَدَّه مِن وَرَثَةِ المَوْلَى ، سَقَط الجُعْلُ . ولَنا ، أنَّ هذا عِوَضٌ عن عَمَلِه ، فلا يَسْقُطُ بالمَوْتِ ، كالأجْرِ فى الإِجارَةِ ، وكما لو كان مِن غيرِ وَرَثَةِ المَوْلَى . إن ثَبَت هذا ، فلا فَرْقَ بينَ كَوْنِ مَن رَدَّه مَعْرُوفًا برَدِّ الأُبّاقِ أو لم يَكُنْ . وبهذا قال أصْحابُ الرَّأْىِ . وقال مالكٌ . إذا كان مَعْرُوفًا ، اسْتَحَقَّ الجُعْلَ ، وإلَّا فلا . ولَنا ، الخَبَرُ ، والأثَرُ المَذْكُورُ مِن غيرِ تَفْرِيقٍ ، ولأنَّه رَدَّ آبِقًا ، فاسْتَحَقَّ الجُعْلَ ، كالمَعْرُوفِ برَدِّهم .

الإنصاف

وغيرِه . وقال ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » : وجزَم به الأكْثَرون مِن غيرِ خِلافٍ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهُورُ . وخرَّج المُصَنِّفُ قَوْلًا بأنَّه لا يرْجِعُ . وقيل : لا يرْجِعُ إلَّا(١) إذا أنْفَقَ بنِيَّةِ الرُّجوعِ . واختارَه فى « الرِّعايَةِ » . واشْتَرَطَ أبو الخَطَّابِ ، والمَجْدُ فى « المُحَرَّرِ » ، العَجْزَ عن اسْتِئْذانِ المالِكِ ، [٢/٢٢٨ ظ] وضعَّفَه المُصَنِّفُ ، ولا يتَوقَّفُ الرُّجُوعُ على تَسْليمِه ، بل لو أبَقَ قبلَ ذلك ، فله الرُّجُوعُ بما أنْفَقَ عليه . نصَّ عليه فى رِوايَةِ عَبْدِ اللهِ ، وصرَّح به الأصحابُ .

فوائد ؛ إحْداها ، علَفُ الدَّابَّةِ كالنَّفَقَةِ . الثَّانيةُ ، لو أرادَ اسْتِخْدامَه بَدَلَ النَّفَقَةِ ، ففى جَوازِه رِوايَتان . حَكاهما أبو الفَتْحِ الحَلْوانِىُّ فى « الكِفايَةِ » ، كالعَبْدِ المَرْهُونِ ، وذَكَرَهما فى « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يجوزُ ذلك فى العَبْدِ المَرْهونِ ، فكذا هنا بطَريقٍ أوْلَى . واللهُ أعلمُ .

(١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ أَخْذُ الآبِقِ لمَن وَجَده . وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ؛ لأنَّ العَبْدَ الآبِقَ لا يُؤْمَنُ لَحاقُه بدارِ الحَرْبِ وارْتِدادُه ، واشْتِغالُه بالفَسادِ فى البِلادِ ، بخِلافِ الضَّوالِّ التى تَحْفَظُ نَفْسَها . فإذا أخَذَه ، فهو أمانَةٌ فى يَدِه ، وإن تَلِف بغيرِ تَفْريطِه ، فلا ضَمانَ عليه ، وإن وَجَد صاحِبَه ، دَفَعَه إليه إذا اعْتَرَفَ العَبْدُ أنَّه سَيِّدُه ، أو أقامَ به بَيِّنَةً . فإن لم يَجِدْ سَيِّدَه ، دَفَعَه إلى الإِمامِ أو نائِبِه ، فيَحْفَظُه لصاحِبِه ، أو يَبِيعُه إن رأى المَصْلَحَةَ فيه . ونحوُه قولُ مالكٍ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . ولا نَعْلَمُ لهم مُخالِفًا . وليس للمُلْتَقِطِ بَيْعُه ولا تَمَلُّكُه بعدَ تَعْرِيفِه ؛ لأنَّ العَبْدَ يَنْحَفِظُ بنَفْسِه ، فهو كضَوالِّ الإِبِلِ . وإن باعَه ، فالبَيْعُ فاسِدٌ

الإنصاف

تنبيه : أفادَنا المُصَنِّفُ جوازَ أَخْذِ الآبِقِ لمَن وجَدَه . وهو صحيحٌ ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ عليه أنْ يلْحَقَ بدارِ الحَرْبِ ويرْتَدَّ ، أو يشْتَغِلَ بالفَسادِ فى البِلادِ ، بخِلافِ الضَّوالِّ التى تحْفَظُ نفْسَها . إذا عُلِمَ ذلك ، فهو أمانَةٌ فى يَدِه ، إذا أخَذَه ، إنْ تَلِفَ بغيرِ تَفْريطٍ ، فلا ضَمانَ عليه ، وإنْ وجَد صاحِبَه ، دفَعَه إليه ، إذا اعْتَرَف العَبْدُ أنَّه سيِّدُه ، أو أقامَ به بَيِّنَةً ، فإنْ لم يجِدْ سيِّدَه ، دَفَعَه إلى الإمامِ أو نائبِه ، فيحْفَظُه لصاحِبِه ، أو يبيعُه إنْ رأَى المَصْلَحَةَ فيه ، وليس لواجِدِه بَيْعُه ، ولا تمَلُّكُه بعدَ تَعْريفِه ؛ لأنَّه ينْحَفِظُ بنفْسِه ، (1) فهو كضَوالِّ الإبِلِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقوْلُهما : ينْحَفِظُ بنَفْسِه (1) . دَليلٌ على أنَّهما أرادا الكبيرَ ؛ لأنَّ الصَّغِيرَ لا ينْحَفِظُ بنَفْسِه . ويأْتِى فى بابِ اللُّقَطَةِ . فإنْ باعَه الإمامُ أو نائبُه لمَصْلَحَةٍ

(1 - 1) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ ؛ منهم أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وإن باعَه الإمامُ لمَصْلَحَةٍ رآها فى بَيْعِه ، فجاءَ سَيِّدُه فاعْترَف أنَّه كان أعْتَقَه ، قُبِلَ منه ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ عنها ضَرَرًا . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لغيرِه ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُه بعِتْقِه ، كما لو باعَه السَّيِّدُ ثم أقَرَّ بعِتْقِه . فعلى هذا ، ليس لسَيِّدِه أخْذُ ثَمَنِه ؛ لأنَّه يُقِرُّ أنَّه حُرٌّ ، لا يَسْتَحِقُّ ثَمَنَه ، ولكنْ يُؤْخَذُ إلى بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه لا يُسْتَحَقُّ له ، فهو كتَرِكَةِ مَن لا وارِثَ له . فإن عادَ السَّيِّدُ فأنْكَرَ العِتْقَ ، وطَلَب المَالَ ، دُفِع إليه ؛ لأنَّه لا مُنازِعَ له فيه .

الإنصاف

رآها ، فجاءَ سَيِّدُه ، فاعْتَرَف أنَّه كان أعْتَقَه ، قُبِلَ قوْلُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وقيل : لا يُقْبَلُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، ذكَرَه فى اللُّقَطَةِ . الثَّالثةُ ، العَبْدُ وغيرُه أمانَةٌ فى يَدِه ، لا ضَمانَ عليه إلَّا أنْ يتَعَدَّى . نصَّ عليه ، على ما تقدَّم . الرَّابعَةُ ، أُمُّ الوَلَدِ ، والمُدَبَّرُ ، كالقِنِّ فيما تقدَّم ؛ إذا جاءَ بهما إلى السَّيِّدِ ، فإنْ ماتَ قبلَ وُصولِهما إليه ، فلا جُعْلَ ؛ لأنَّهما يعْتِقان بالمَوْتِ ، فالعَمَلُ لم يتِمَّ ، بخِلافِ النَّفَقَةِ ، فإنَّه يرْجِعُ بما أنْفَقَ حالَ الحياةِ . واللهُ أعلمُ بالصَّوابِ . وتقدَّم أنَّ المَنْصُوصَ ، أنَّه يسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ بتَخْليصِ مَتاعِ غيرِه مِن مَهْلَكَةٍ .

المقنع

بَابُ اللُّقَطَةِ

وَهِىَ الْمَالُ الضَّائِعُ مِنْ رَبِّهِ .

الشرح الكبير

بابُ اللُّقَطَةِ

(وهى المالُ الضّائِعُ مِن رَبِّه) يَلْتَقِطُه غيرُه . قال الخَلِيلُ بنُ أحمدَ : اللُّقَطَةُ ، بفَتْحِ القافِ : اسْمٌ للمُلْتَقِطِ ؛ لأنَّ ما جاءَ على فُعَلَةٍ ، فهو اسْمٌ للفاعِلِ ، كالضُّحَلَةِ والصُّرَعَةِ ، واللُّقْطَةُ ، بسُكُونِ القافِ : المالُ المَلْقُوطُ ، مِثلُ الضُّحْكةِ ، الذى يُضْحَكُ منه ، والهُزْأةُ [٥/١٧٩ و] الذى يُهْزَأُ به . وقال الأصْمَعِىُّ ، وابنُ الأعْرابِىِّ ، والفَرّاءُ : هى بفَتْحِ القافِ ، اسْمُ المالِ المَلْقوطِ أيضًا . والأصْلُ فيها ما رَوَى زَيْدُ بنُ خالِدٍ الجُهَنِىُّ ، قال : سُئِلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عن لُقَطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ ، فقال : « اعْرِفْ وِكَاءَهَا ، وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْها سَنَةً ، فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُها يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » . وسَأَلَه عن ضالَّةِ الإِبلِ ، فقال : « ما لَكَ وَلَهَا ، دَعْهَا فإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، تَرِدُ الْمَـاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » . وسَأَلَهُ عن الشّاةِ فقال :

الإنصاف

بابُ اللُّقَطَةِ

فائدة : قوْلُه : وهى المالُ الضَّائِعُ مِن رَبِّه . هو تعْريفٌ لمَعْناها الشَّرْعِىِّ . وكذا قال غيرُه . قال الحارِثِىُّ : وعلى هذا سُؤالان ؛ أحدُهما ، قد يكونُ المُلْتَقَطُ غيرَ ضائعٍ ؛ كالمَتْروكِ قَصْدًا لأمْرٍ يقْتَضِيه ، ومنه المالُ المَدْفونُ ، والشَّىءُ الذى يُتْرَكُ

الشرح الكبير

« خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عليه(1) . الوِكَاءُ : الخَيْطُ الذى يُشَدُّ به المالُ فى الخِرْقَةِ . والعِفاصُ : الوعاءُ الذى هى فيه ؛ مِن خِرْقَةٍ أو قِرْطاسٍ أو غيرِه . قاله أبو عُبَيْدٍ . والأصْلُ فى العِفاصِ أنه الجِلْدُ الذى يُلْبِسُه رَأْسَ القارُورَةِ . وقَوْلُه : « مَعَهَا حِذَاءَهَا » . يَعْنِى خُفَّها ؛ لأنَّه لقُوَّتِه وصَلابَتِه يَجْرِى مَجْرَى الحِذاءِ . وسِقاؤُها : بَطْنُها تَأْخُذُ فيه ماءً كَثِيرًا ، فيَبْقَى معها يَمْنَعُها العَطَشَ . والضّالَّةُ : اسْمٌ للحَيَوانِ خاصَّةً دُونَ سائرِ اللُّقَطَةِ ، والجَمْعُ ضَوالُّ . ويُقالُ لها أيضًا : الهوامِى والهَوامِلُ .

الإنصاف

ثِقَةً به ؛ كأَحْجارِ الطَّحْنِ ، والخَشَبِ الكِبارِ . والثّانى ، أنَّهم اخْتَلَفوا فى التِقاطِ الكَلْبِ المُعَلَّمِ . فعلى القَوْلِ بالتِقاطِه ، يكونُ خارِجًا عمَّا ذُكِرَ . ومَن قال مِنَ الأصحابِ : لا يُلْتَقَطُ . إنَّما قال ؛ لأجْلِ كَوْنِه مُمْتَنِعًا بنَابِه ، لا لأنَّه غيرُ مالٍ . قال الحارِثِىُّ : ويعْصِمُ مِنَ السُّؤالِ ، أنْ يُضافَ إلى الحَدِّ ، ما جرَى مَجْرَى المالِ .

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب الغضب فى الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفى : باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفى : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة و لم يدفعها ... ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١/٣٤ ، ٣/١٤٩ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ٨/٣٤ . ومسلم ، فى : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ٣/١٣٤٧ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٥ ، ٣٩٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٣٦ . وابن ماجه ، فى : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ .

المقنع

وَتنْقَسِمُ ثَلَاثَةَ أَقْسامٍ : أَحَدُهَا ، مَا لَا تَتْبَعُهُ الْهِمَّةُ ؛ كَالسَّوْطِ ، وَالشِّسْعِ ، وَالرَّغِيفِ ، فَيُمْلَكُ بِأَخْذِهِ بِلَا تَعْرِيفٍ .

الشرح الكبير

٢٥٠١ – مسألة : (وتَنْقَسِمُ ثَلاثَةَ أقْسامٍ ؛ أحدُها : ما لا تَتْبَعُه الهِمَّةُ ؛ كالسَّوْطِ ، والشِّسْعِ[١] ، والرَّغِيفِ ، فيَمْلِكُه بأخْذِه بلا تَعْرِيفٍ) لِما روَى جابرٌ ، قال : رَخَّصَ لنا رسولُ اللهِ ﷺ فى العَصا والسَّوْطِ والحَبْلِ وأشباهِه ، يَلْتَقِطُه الرجلُ فيَنْتَفِعُ به . رَواه أبو داودَ[٢] . وكذلك التَّمْرَةُ ، والكِسْرَةُ ، والخِرْقَةُ ، وما لا خطَرَ له ، يَجُوزُ الانْتِفاعُ به مِن غيرِ تَعْرِيفٍ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لم يُنْكِرْ على واجدِ التَّمْرَةِ حيث أكَلَها ، بل قال له : « لَوْ لَمْ تَأْتِهَا لأَتَتْكَ »[٣] . ورأى النبىُّ ﷺ تَمْرَةً فقال : « لَوْلَا أنِّى أخْشَى أنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ، لأَكَلْتُهَا »[٤] . ولا نَعْلَمُ خِلافًا بين أهلِ العِلمِ فى إباحَةِ اليَسِيرِ والانْتِفاعِ به . رُوِىَ ذلك عن عُمَرَ ، وعَلِىٍّ ، وابنِ عُمَرَ ، وعائشةَ . وبه قال عَطاءٌ ، وجابرُ بنُ زَيْدٍ ،

الإنصاف

قوله : وتنْقَسِمُ ثَلاثَةَ أقْسامٍ ؛ أحَدُها ، ما لا تَتْبَعُه الهِمَّةُ . يَعْنِى ، هِمَّةَ أوْساطِ النَّاسِ ، ولو كثُرَ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ومثَّله المُصَنِّفُ بالسَّوْطِ ،

---

(١) الشسع : سَيْرٌ يُمسكُ النعل بأصابع القدم .

(٢) فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٩ .

(٣) أخرجه ابن حبان . الإحسان فى تقريب صحيح ابن حبان ٨/٣٣ .

(٤) تقدم تخريجه فى ٨٦/١١ .

الشرح الكبير

وطاوسٌ ، والنَّخَعِيُّ ، ويحيى بنُ أبى كَثِيرٍ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . قال شيخُنا[1] : وليس عن أحمدَ تحديدُ اليَسِيرِ الذى يُباحُ . وروَى عن أحمدَ أبو بكرِ بنُ صَدَقَةَ : إذا [١٧٩/٥ ظ] أخَذَ دِرْهَمًا عَرَّفَه سَنةً . وقال ، فى رِوايةِ عبدِ اللهِ : ما كان نحوَ التَّمْرَةِ ، والكِسْرَةِ ، والخِرْقَةِ ، وما لا خَطَرَ له ، فلا بَأْسَ . ونحوُ ذلك قولُ الشافعيِّ . وذَكَرَ القاضِي ذلك فى كتاب « الخِلافِ » . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجبَ تَعرِيفُ[2] ، ما لا يُقْطَعُ به السّارِقُ . [3]ذَكَرَه شَيْخُنا فى كِتابِ « الكافِى » . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : لا يَجبُ تَعْرِيفُ ما لا يُقْطَعُ به السّارِقُ[3] . وهو رُبْعُ دِينارٍ عندَ مالكٍ ، وعَشَرَةُ دَراهِمَ عندَ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ما دُونَ ذلك تافِهٌ ، فلا يَجبُ تَعْرِيفُه ، كالكِسْرَةِ والتَّمْرَةِ ؛ بدَليلِ قولِ عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها : كانوا لا يَقْطَعُون فى الشىءِ التّافِهِ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ

الإنصاف

والشِّسْعِ ، والرَّغِيفِ . ومثَّلَه فى « الإرْشادِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَقِيلٍ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وجماعةٌ ، بالتَّمْرَةِ ، والكِسْرَةِ ، وشِسْعِ النَّعْلِ ، وما أشْبَهَه . ومثَّلَه فى « المُغْنِى » بالعَصا والحَبْلِ ، وما قِيمَتُه كقِيمَةِ ذلك . قال الحارِثِيُّ : ما لا تتْبَعُه الهِمَّةُ . نصَّ أحمدُ فى رِوايَةِ عَبْدِ اللهِ وحَنْبَلٍ ، أنَّه ما كان مِثْلَ التَّمْرَةِ ، والكِسْرَةِ ، والخِرْقَةِ ، وما لا خطَرَ له ، فلا بَأْسَ . وقال فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ : الذى يُعَرَّفُ مِنَ اللُّقَطَةِ كلُّ شىءٍ ، إلَّا مالا

---

(١) فى : المغنى ٢٩٦/٨ .
(٢) سقط : من الأصل .
(٣ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

عنه ، أنَّه وَجَدَ دِينارًا فتصَرَّف فيه[1] . ورَوَى الجُوزْجانِىُّ ، عن سَلْمَى بنتِ كَعْبٍ ، قالت : وَجَدتُّ خاتَمًا مِن ذَهَبٍ فى طَرِيقِ مَكَّةَ ، فسألْتُ عائشةَ عنه ، فقالت : تَمَتَّعِى به[2] . ورَخَّصَ رسولُ اللهِ ﷺ فى الحَبْلِ ، فى حَدِيثِ جابرٍ ، وقد تكونُ قيمتُه دَراهِمَ . وعن سُوَيْدِ بن غَفَلَةَ قال : خَرجْتُ مع سلمانَ بن رَبِيعَةَ ، وزَيْدِ بن صُوحانَ حتى إذا كُنّا بالعُذَيْبِ ، الْتَقَطْتُ سَوْطًا ، فقال لى : أَلْقِه . فأَبَيْتُ ، فلمّا قَدِمْنا المدينةَ ، أتَيْتُ أُبَىَّ بنَ كَعْبٍ ، فذَكَرْتُ ذلك له ، فقال : أصَبْتَ[3] . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حَديثٌ حسنٌ صَحيحٌ . وللشافعيَّةِ ثلاثةُ أوْجُهٍ كالمذاهِبِ الثَّلاثَةِ . ولَنا على إبْطالِ تَحْدِيدِه بما ذَكَروه ، عُمُومُ حديثِ زَيدِ بن خالدٍ فى كُلِّ لُقَطَةٍ ، فيَجِبُ إبْقاؤُه على عُمومِه إلَّا ما خَرَج منه بالدَّلِيلِ ، ولم يَرِدْ بما ذَكَرُوه نَصٌّ ، ولا هو فى مَعْنَى ما وَرَدَ به النَّصُّ . ولأنَّ التَّحْدِيدَ لا يُعْلَمُ بالقِياسِ ، وإنَّما يُؤْخَذُ مِن نَصٍّ أو إجْماعٍ ، وليس فيما ذَكَرُوه

الإنصاف

قِيمَةَ له . وسُئِلَ فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، الرَّجُلُ يُصِيبُ الشَّسْعَ فى الطَّرِيقِ ، أيأْخُذُه ؟ قال : إذا كان جَيِّدًا مما لا يُطْرَحُ مِثْلُه ، فلا يُعْجِبُنِى أنْ يأْخُذَه ، وإنْ كان رَدِيئًا قد طَرَحَه صاحِبُه ، فلا بَأْسَ . قال الحارِثِىُّ : فكلامُ أحمدَ لا يُوافِقُ ما قال فى « المُغْنِى » ، ولا شكَّ أنَّ الحَبْلَ ، والسَّوْطَ ، والرَّغِيفَ يزِيدُ على التَّمْرَةِ ،

---

(1) أخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٨ .

(2) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى اللقطة ما يصنع بها ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/٤٦١ .

(3) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ .

الشرح الكبير

نَصٌّ ولا إجْماعٌ . فأمّا حَدِيثُ عليٍّ ، فهو ضَعِيفٌ ، رَواه أبو داودَ وقال : طرُقُه كُلُّها مُضْطَرِبَةٌ ، ثم هو مُخالِفٌ لمَذهَبِهِم ولسائِرِ المذاهِبِ ، فتَعَيَّنَ حَمْلُه على وَجْهٍ مِن الوُجوهِ غيرِ اللُّقطَةِ ، إمّا لكَوْنِه مضْطَرًّا إليه ، أو غيرِ ذلك . وحَدِيثُ عائِشةَ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، لا يُدْرَى كم قَدْرُ الخاتَمِ ، ثم هو قولُ صحابِىٍّ ، وهم لا يَرَوْنَ ذلك حُجَّةً ، وسائِرُ الأحادِيثِ ليس فيها تَقْدِيرٌ ، لكن يُباحُ ما ذَكَرَه النبىُّ ﷺ ورَخَّصَ فيه مِن السَّوْطِ والعَصا والحَبْلِ ، وما قِيمَتُه كقِيمَةِ ذلك .

الإنصاف

والكِسْرَةِ . قال : وسائرُ الأصحابِ على ما قال الإمامُ أحمدُ فى ذلك كلِّه ، ولا أعْلَمُ أحدًا وافَقَ المُصَنِّفَ ، إلَّا أبا الخَطَّابِ فى الشِّسْعِ فقط . انتهى . قال فى « الرِّعايَةِ » : وما قَلَّ ؛ كتَمْرَةٍ ، وخِرْقَةٍ ، وشِسْعِ نَعْلٍ ، وكِسْرَةٍ ، وقيل : ورَغيفٍ . انتهى . فحكَى فى الرَّغيفِ الخِلافَ . وقيل : هو ما دُونَ نِصابِ السَّرِقَةِ . قال فى « الكافِى » : ويحْتَمِلُ أنْ لا يجِبَ تَعْريفُ مالا يُقْطَعُ فيه السَّارِقُ . وقيل : هو ما دُونَ قِيراطٍ ؛ مِن عَيْنٍ أو وَرِقٍ . اخْتارَه أبو الفَرَجِ فى « المُبْهِجِ » ، ورَدَّه المُصَنِّفُ . وذكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، لا يجِبُ تَعْريفُ الدَّانِقِ . قال الحارِثِىُّ : والظَّاهِرُ أنَّه عنَى دانِقًا مِن ذَهَبٍ . وكذا قال صاحِبُ « التَّلْخيصِ » . قال فى « الرِّعايَةِ » : وقيلَ : بل ما فوقَ دانِقِ ذَهَبٍ . وقال أيضًا : وعنه ، يُعَرَّفُ الدِّرْهَمُ فأكثرُ .

فائدة : لو وجَد كَنَّاسٌ ، أو نَخَّالٌ ، أو مقلشٌ ، قِطَعًا صِغارًا مُفرَّقَةً ، ملكَها بلا تَعْريفٍ، وإنْ كَثُرَتْ .

الشرح الكبير

فصل : والذى يَجُوزُ التِقاطُه والانْتِفاعُ به مِن غيرِ تَعْرِيفٍ ، [١٨٠/٥ و] كالكِسْرَةِ ، والتَّمْرَةِ ، والعصا ، ونحوِ ذلك ، إذا التَقَطَه إنْسانٌ وانْتَفَعَ به وتَلِفَ ، فلا ضَمانَ فيه . ذَكَرَه صاحِبُ المُستوعِبِ . وكذلك ما قِيمَتُه كقِيمَةِ ذلك ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ رَخَّصَ فيه ، ولم يَذْكُرْ عليه ضَمانًا ، ولا يَجُوزُ تَأْخِيرُ البيانِ عن وقتِ الحاجَةِ ، وكذلك يُخَرَّجُ فى السَّوْطِ والحَبْلِ وشِبْهِه ، المَذْكُورِ فى حديثِ جابرٍ . وقَدَّرَه الشيخُ أبو الفَرَجِ [1] بما دونَ القيراطِ . ولا يَصِحُّ تَحْدِيدُه ؛ لِما ذَكَرْناه . وذَكَرَ القاضِى ، أنَّه لا يَجِبُ تعريفُ الدّانِقِ .

الإنصاف

قوله : فيُمْلَكُ بأخْذِه بلا تَعْرِيفٍ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ [٢٢٩/٢ و] عليه أحمدُ . وعنه ، يلْزَمُه تَعْريفُه . ذكَرَها أبو الحُسَيْنِ . وقيل : يلْزَمُه تَعْريفُه مُدَّةً يظُنُّ طلَبَ ربِّه له . اخْتارَه فى « الرِّعايَةِ » .

فوائد ؛ منها ما قالَه فى « التَّبصِرَةِ » : إنَّ الصَّدَقَةَ بذلك أوْلَى . ومنها ، أنَّه لا يلْزَمُه دَفْعُ بَدَلِه ، إذا وجَد ربَّه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وقُوَّةُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا تقْتَضِيه ؛ لقَوْلِه : فيُمْلَكُ بأخْذِه بلا تَعْريفٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « التَّبصِرَةِ » : يلْزَمُه . قال فى « الفُروعِ » : وكلامُهم فيه يحْتَمِلُ وَجْهَيْن . وقيل لأحمدَ فى التَّمْرَةِ يَجِدُها ، أو يُلْقِيها عُصْفورٌ : أيَأْكُلُها ؟ قال : لا . قال : أيُطْعِمُها صَبِيًّا ، أو يتَصَدَّقُ بها ؟ قال : لا يعْرِضُ لها . نقَلَها أبو طالبٍ وغيرُه ، واخْتارَه عَبدُ الوَهَّابِ الوَرَّاقُ . ومنها : لا يُعَرِّفُ الكَلْبَ إذا وجَدَه ، بل ينْتَفِعُ به ، إذا كان مُباحًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يُعَرِّفُ سنَةً . ويأْتِى قريبًا .

---

(١) يعنى ابن الجوزى عبد الرحمن بن على .

المقنع

الثَّانِى ، الضَّوالُّ الَّتِى تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السِّبَاعِ ؛ كَالْإِبلِ ، وَالْبَقَرِ ، وَالْخَيْلِ ، وَالْبِغَالِ ، وَالظِّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالْفُهُودِ ، وَنَحْوِهَا ، فَلَا يَجُوزُ الْتِقَاطُهَا ، وَمَنْ أَخَذَهَا ضَمِنَهَا ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الْإِمَامِ زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ .

الشرح الكبير

القِسمُ (الثانى ، الضَّوالُّ التى تَمْتَنِعُ مِن صِغارِ السِّباعِ ؛ كالإِبلِ ، والبَقَرِ ، والخَيْلِ ، والبِغالِ ، والظِّباءِ ، والطَّيرِ ، والفُهودِ ، ونحوِها ، لا يَجوزُ التِقاطُها) كُلُّ حَيَوانٍ يَقْوَى على الامْتِناعِ مِن صِغارِ السِّباعِ ، ووُرُودِ الماءِ ، لا يَجُوزُ التِقاطُه ، سَواءٌ كان لكِبَرِ جُثَّتِه ؛ كالإِبلِ ، والخَيْلِ ، أو لطَيَرانِه ؛ كالطُّيورِ كُلِّها ، أو لعَدْوِه ؛ كالظِّباءِ ، أو بنابِهِ ، كالكِلابِ ، والفُهودِ . قالَ عُمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : مَن أَخَذَ الضَّالَّةَ فهو ضالٌّ . أى مُخْطِئٌ . وبهذا قال الشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ . وقال مالكٌ ، واللَّيْثُ ، فى ضالَّةِ الإِبلِ : مَن وَجَدَها فى الصَّحْراءِ لا يَقْرَبُها . ورَواه المُزَنِىُّ عن الشافعىِّ . وكان الزُّهْرِىُّ يقولُ : مَن وَجَدَ بَدَنَةً فلْيُعَرِّفْها ، فإن لم يَجِدْ صاحِبَها فلْيَنْحَرْها قبلَ أن تَنْقَضِىَ الأَيّامُ الثَّلاثَةُ . وقال أبو حنيفةَ : يُباحُ التِقاطُها ؛ لأَنَّها لُقَطَةٌ ، أَشْبَهَتِ الغَنَمَ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ لمّا سُئِلَ عنها : « مَا لَكَ وَلَهَا ؟ دَعْهَا فَإِنَّ مَعَهَا حِذَاءَهَا وَسِقَاءَهَا ، تَرِدُ الْمَاءَ

الإنصاف

قوله : الثَّانِى ، الضَّوالُّ التى تَمْتَنِعُ مِن صِغارِ السِّباعِ ؛ كالإِبلِ ، والبَقَرِ ، والخَيْلِ ، والبِغالِ ، والظِّباءِ ، والطَّيْرِ ، والفُهُودِ ، ونحوِها ، فلا يجوزُ التِقاطُها . بلا نِزاعٍ .

الشرح الكبير

وَتأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا »[1] . وسُئِلَ ﷺ فقِيلَ : يا رسولَ اللهِ إنّا نُصِيبُ[2] هَوامِيَ الإبلِ . فقال : « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ »[3] . وعن جَرِيرِ بنِ عبدِ اللهِ ، أنه أمَرَ بطَرْدِ بَقَرةٍ لَحِقَتْ ببَقَرِه حتى تَوارَتْ ، وقال سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « لَا يُؤْوِى الضَّالَّةَ إلَّا ضَالٌّ » . رَواه أبو داودَ بمعناه[4] . وقِياسُهُم يُعارِضُ صَرِيحَ النَّصِّ ، وكيف يَجُوزُ تَرْكُ نَصِّ النبيِّ ﷺ وصَرِيحِ قولِه بقِياسِ نَصِّه فى مَوْضِعٍ آخَرَ ! على أنَّ الإبلَ تُفارِقُ الغَنَمَ ؛ لضَعْفِها ، وقِلَّةِ صَبْرِها عن الماءِ ، والخَوْفِ عليها مِن الذِّئْبِ .

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الحُمُرَ ممَّا يمْتَنِعُ مِن صِغارِ السِّباعِ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : قالَه الأصحابُ . قال الحارِثِيُّ : هو قَوْلُ القاضى فى آخَرِين . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » وغيرِهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهما . وأَلْحَقَ المُصَنِّفُ الحُمُرَ بالشَّاةِ ونحوِها . قال الحارِثِيُّ : وهو أَوْلَى . ومنها ، قال الحارِثِيُّ : اخْتَلَفَ الأصحابُ فى الكَلْبِ المُعَلَّمِ ؛ فأدْخَلَه المُصَنِّفُ فيما يمْتَنِعُ التِقاطُه ، كما اقْتَضاه

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

(٢) فى م : « نجد » .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن الشرب قائما ، من أبواب الأشربة . عارضة الأحوذى ٧٤/٨ . وابن ماجه ، فى : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ . والدارمى ، فى : باب فى الضالة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥/٤ ، ٨٠/٥ .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ٣٩٩/١ . وابن ماجه ، فى : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٦٢/٤ .

الشرح الكبير

فصل : فإن كانتِ الصُّيُودُ مُسْتَوْحِشَةً [٥/١٨٠ ظ] إذا تُرِكَتْ رَجَعَتْ إلى الصَّحْراءِ وعَجَزَ عنها صاحِبُها ، جاز التقاطُها ؛ لأنَّ تَرْكَها أضْيَعُ لها مِن سائِرِ الأمْوالِ . والمَقْصُودُ حِفْظُها لصاحِبِها ، لا حِفْظُها فى نَفْسِها ، ولو كان المقصودُ حِفْظَها فى نَفْسِها ، لمَا جازَ الْتِقاطُ الأثْمانِ ، فإنَّ الدِّينارَ دِينارٌ حيث كان .

الإنصاف

ظاهِرُ لَفْظِه هنا ، وصَريحُ لَفْظِه فى « المُغْنِى » ؛ اعْتِبارًا بمَنَعَتِه بنابِه . وجوَّزَ التِقاطَه القاضى وغيرُه ، وهو أصحُّ ؛ لأنَّه لا نَصَّ فى المَنْعِ ، وليس فى مَعْنَى المَمْنُوعِ ، وفى أخْذِه حِفْظٌ على مُسْتَحِقِّه ، أشْبَهَ الأثْمانَ وأوْلَى ، مِن جِهَةِ أنَّه ليس مالًا ، فيكونُ أخَفَّ . وعلى هذا ، هل يَنْتَفِعُ به بعدَ حَوْلِ التَّعْريفِ ؟ فيه وَجْهان ، وفيهما طَرِيقان ؛ أحَدُهما ، بِناءُ الخِلافِ على الخِلافِ فى تَمَلُّكِ الشَّاةِ بعدَ الحَوْلِ . وهى طَرِيقَةُ القاضى . الآخَرُ ، بِناءُ الانْتِفاعِ على التَّمَلُّكِ لما يُتَمَلَّكُ بعدَ الحَوْلِ ، وبِناءُ مَنْعِ الانْتِفاعِ على أنَّه لا يَضْمَنُ لما ضاعَ منه بالقِيمَةِ لو تَلِفَ ؛ لانْتِفاءِ كَوْنِه مالًا ، فيُؤَدِّى إلى الانْتِفاعِ مجَّانًا ، وهو خِلافُ الأصْلِ . انتهى كلامُ الحارِثِىِّ . ومنها ، يجوزُ للإمامِ ونائبِه أخْذُ ما يمْتَنِعُ مِن صِغارِ السِّباعِ ، وحِفْظُه لرَبِّه ، ولا يلْزَمُه تَعْرِيفُه . قالَه الأصحابُ . ولا يُكْتَفَى فيها بالصِّفَةِ . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . ولا يجوزُ لغيرِهما أخْذُ شئٍ مِن ذلك لحِفْظِه لرَبِّه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال المُصَنِّفُ ومَن تَبِعَه : يجوزُ أخْذُها إذا خِيفَ عليها ؛ كما لو كانتْ فى أرْضٍ مَسْبَعَةٍ ، أو قريبًا مِن دارِ الحَرْبِ ، أو بمَوْضِعٍ يسْتَحِلُّ أهْلُه أمْوالَ المُسْلِمين ، أو فى برِّيَّةٍ لا ماءَ فيها ولا مَرْعَى ، ولا ضَمانَ على آخِذِها ؛ لأنَّه إنْقاذٌ مِنَ الهَلاكِ . قال الحارِثِىُّ : وهو كما قال . وجزَم به فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » .

الشرح الكبير

فصل : والبَقَرُ كالإبِلِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّ البَقَرةَ كالشّاةِ . ولَنا ، خَبَرُ جَرِيرٍ فإنَّه طَرَد البَقَرَةَ ولم يَأْخُذْها ، ولأنَّها تَمْتَنِعُ مِن صِغارِ السِّباعِ ، وتُجْزِئُ فى الأُضْحِيَةِ عن سَبْعَةٍ ، فأشْبَهَتِ الإبلَ . وكذلك الحُكْمُ فى الخَيْلِ والبِغالِ . فأمّا الحُمُرُ ، فجَعَلَها أصْحابُنا مِن هذا القِسْمِ الذى لا يَجُوزُ الْتِقاطُه ؛ لكِبَرِ أجْسامِها ، فأشْبَهَتِ الخَيْلَ والبِغالَ . قال شَيْخُنا[1] : والأوْلَى إلْحاقُها بالشّاةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ عَلَّلَ الإبِلَ بأنَّ معها سِقاءَها ، يُرِيدُ شِدَّةَ صَبْرِها عن الماءِ ؛ لكَثْرَةِ ما تُوعِى فى بُطُونِها منه ، وقُوَّتِها على وُرُودِه ، وفى إباحَةِ ضالَّةِ الغَنَمِ بأنَّها مُعَرَّضَةٌ لأخْذِ الذِّئْبِ إيّاها ، [2]بقولِه : « هِىَ لَكَ أوْ لأخِيكَ أوْ لِلذِّئْبِ »[2] . والحُمُرُ مُساوِيَةٌ للشّاةِ فى عِلَّتِها ، فإنَّها لا تَمْتَنِعُ مِن الذِّئْبِ ، وتُفارِقُ الإبِلَ فى عِلَّتِها ؛ لكَوْنِها لا صَبْرَ لها عن الماءِ ، ولهذا يُضْرَبُ المَثَلُ بقِلَّةِ صَبْرِها عن الماءِ ، فيُقالُ: ما بَقِىَ من مُدَّتِه إلَّا ظِمْءُ[3] حِمارٍ . وإلْحاقُ الشىءِ بما ساواه فى عِلَّةِ الحُكْمِ وفارَقَه فى الصُّورَةِ أوْلَى مِن إلْحاقِه بما قارَبَه فى الصُّورَةِ وفارَقَه فى العِلَّةِ .

الإنصاف

قلتُ : لو قيلَ بوُجوبِ أخْذِها ، والحالَةُ هذه ، لكان له وَجْهٌ . ومنها ، قَطَع المُصَنِّفُ والشّارِحُ بجَوازِ التِقاطِ الصُّيودِ المُتَوحِّشَةِ التى إذا تُرِكَتْ ، رجَعَتْ إلى

---

(1) فى : المغنى ٨/٣٤٤ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

(٣) الظِمْء : ما بين الشربتين .

وانظر : مجمع الأمثال ، للميدانى ٣/٢٥١ .

الشرح الكبير

فصل : فأمّا غيرُ الحَيَوانِ ، فما كان منه يَنْحَفِظُ بنَفْسِه ، كأحْجارِ الطَّواحِينِ ، والكَبيرِ مِن الخَشَبِ ، وقُدُورِ النُّحاسِ ، فهو كالإِبلِ فى تَحْرِيمِ أَخْذِه ، بل أَوْلَى منه ؛ لأنَّ الإِبلَ مُعَرَّضَةٌ للتَّلَفِ فى الجُمْلَةِ بالأَسَدِ وبالجُوعِ والعَطَشِ ، وغيرِ ذلك ، وهذه بخِلافِ ذلك ، ولأنَّ هذه لا تَكادُ تَضِيعُ عن صاحِبِها ولا تَبْرَحُ مِن مكانِها ، بخِلافِ الحَيوانِ ، فإذا حُرِّمَ أخْذُ الحَيَوانِ ، فهذه أوْلَى .

الإنصاف

الصَّحْراءِ ، بشَرْطِ أنْ يعْجِزَ عنها صاحِبُها . واقْتَصر عليه الحارِثِىُّ . قلتُ : فيُعايَى بها . وظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » ، عدَمُ الجَوازِ . قلتُ : وهو ضعيفٌ ، (1) لكِنَّه إنَّما حُكِىَ ذلك عنه فى طَيْرٍ مُتَوَحِّشَةٍ . وكلامُ المُصَنِّفِ أعَمُّ مِن ذلك (1) .

ومنها ، قال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والزَّرْكَشِىُّ ، وجماعةٌ : أحْجارُ الطَّواحِينِ ، والقُدورُ الضَّخْمَةُ ، والأخْشابُ الكَبيرَةُ ونحوُها مُلْحَقَةٌ بالإِبلِ فى مَنْعِ الالتِقاطِ . (1) قال المُصَنِّفُ والشَّارِحُ : بل أوْلَى (1) . قال الحارِثِىُّ : فظاهِرُ كلامِ غيرِ واحدٍ مِنَ الأصحابِ ، جوازُ الالتِقاطِ ، وكذا نَصُّه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ . (1) وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الفُروعِ » فى الخَشَبَةِ الكَبيرةِ (1) .

قوله : ومَن أخَذَها ، ضَمِنَها . يعْنِى ، إذا تَلِفَتْ ، (2) ويضْمَنُ نَقْصَها (2) ، إذا تعَيَّبَتْ ، لكِنَّ إتْلافَها لا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ قد كتَمَها ، أوْ لا ؛ فإنْ كان ما كتَمَها وتَلِفَتْ ، ضَمِنَها كغاصِبٍ ، وإنْ كان كتَمَها حتى تَلِفَتْ ، ضَمِنَها بقِيمَتِها مرَّتَيْن ،

(1 - 1) زيادة من : ا .

(2 - 2) فى ط : « ونقص ضمنها » .

الشرح الكبير

فصل : فإن أخذَ الحَيَوانَ الذى لا يَجوزُ أخْذُه على سَبِيلِ الالْتِقاطِ ، ضَمِنَه ، إمامًا كان أو غيرَه ؛ لأنَّه أخَذَ مِلْكَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ولا إذْنِ الشّارِعِ له ، فهو كالغاصِب . فإن رَدَّه إلى مَوْضِعِه ، لم يَبْرَأْ مِن الضّمانِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالكٌ : يَبْرَأُ ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : أرْسِلْه إلى المَوْضِعِ الذى أصَبْتَه فيه[1] . وجَرِيرٌ طَرَد [٥/١٨١ و] البَقَرَةَ التى لَحِقَتْ ببَقَرِه . ولَنا ، أنَّ ما لَزِمَه ضَمانُه لا يَزُولُ عنه إلَّا بِرَدِّه إلى صاحِبِه أو نائِبِه ، كالمَسْرُوقِ والمَغْصُوبِ . وأمّا حَدِيثُ جَرِيرٍ ، فإنَّه لم يَأْخُذِ البَقَرَةَ ، إنَّما لَحِقَتْ بالبَقَرِ فطَرَدَها ، فأشْبَهَ ما لو دَخَلَتْ دارَه فأخْرَجَها . وأمّا عُمَرُ ، فهو كان الإمامَ ، فأمْرُه برَدِّها إلى مَكانِها كأخْذِها . فعلى هذا ، متى لم يَأْخُذْها بحيثُ تَثْبُتُ يَدُه عليها لا يَلْزَمُه ضَمانُها ، سواءٌ طَرَدَها أو لم يَطْرُدْها . فإن دَفَعَها إلى نائِبِ الإمامِ ، زال عنه الضَّمانُ ؛ لأنَّ له نَظَرًا فى ضَوالِّ النّاسِ ، بدَلِيلِ أنَّ له أخْذَها ، فكان نائبًا عن أصْحابِها فِيها .

الإنصاف

على المذهبِ ، نصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ؛ إمامًا كان أو غيرَه . واخْتارَه أبو بَكْرٍ وغيرُه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : وقال به غيرُ واحدٍ . قال فى « الفُروعِ » : ويضْمَنُه كغاصِبٍ ، ونَصُّه ، وقالَه أبو بَكْرٍ ، يضمَنُ ضالَّةً مَكْتُومَةً بالقِيمَةِ مرَّتَيْن ؛ للخَبَرِ .

---

(١) أخرجه مالك ، فى : باب القضاء من الضوال ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٩/٢ . وأخرجه أبو داود بمعناه فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ٣٩٩/١ . وانظر تخريج حديث : « لا يؤوى الضالة إلا ضال » فى صفحة ١٩٣ .

الشرح الكبير

فصل : وللإمامِ أو نائِبه أخذُ الضَّالَّةِ ليَحْفَظَها لصاحِبِها ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، حَمَى مَوْضِعًا يُقالُ له النَّقِيعُ لخَيْلِ المُجاهِدِين والضَّوالِّ ، ولأنَّ للإمامِ نَظَرًا فى حِفْظِ مالِ الغائِبِ ، وفى أخْذِ هذه حِفْظٌ لها عن الهَلاكِ . ولا يَلْزَمُه تَعْرِيفُها ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لم يَكُنْ يُعَرِّفُ الضَّوالَّ ، ولأنَّه إذا عُرِفَ ذلك ، فمَن كانت له ضالَّةٌ فإنَّه يَجِىءُ إلى مَوْضِعِ الضَّوالِّ ، فإذا عَرَف ضالَّتَه ، أقامَ البَيِّنَةَ عليها وأخَذَها ، ولا يُكْتَفَى فيها بالصِّفَةِ ؛ لأنَّها ظاهِرَةٌ بينَ النّاسِ ، فيَعْرِفُ صِفَاتِها مَن رَآها مِن غيرِ أهْلِها ، فلم تَكُنِ الصِّفَةُ دَلِيلًا على مِلْكِه لها . ولأنَّ الضَّالَّةَ كانت ظاهِرَةً للنَّاسِ حين كانت فى يَدِ مالِكِها ، فلا يَخْتَصُّ هو بمَعْرِفَةِ صِفاتِها دُونَ غيرِها ، فلم يَكُنْ ذلك دَلِيلًا ، ويُمْكِنُه إقامَةُ البَيِّنَةِ عليها لظُهُورِها للنّاسِ ، ومَعْرِفَةِ خُلَطائِه وجِيرانِه تَمَلُّكَه إيّاها .

فصل : وإن أخَذَها غيرُ الإمامِ أو نائِبِه ليَحْفَظَها لصاحِبِها ، لم يَجُزْ

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، قوْلُه : فإنْ دفَعَها إلى نائبِ الإمامِ ، زالَ عنه الضَّمانُ . بلا نِزاعٍ . قال الحارِثِىُّ[1] : هذا يَنْبَنِى على أنَّ لنائبِ الإمامِ أخْذَها ابْتِداءً للحِفْظِ . وهو شىءٌ قالَه مُتَأَخِّرُو أهلِ المذهبِ ؛ القاضى ، وابنُ عَقيلٍ ، والسَّامَرِّىُّ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . وكذا لو أمَرَه برَدِّها إلى مَوْضِعِها ، ورَدَّها ، بَرِئَ . قالَه فى «الفُروعِ» وغيرِه . الثَّانيةُ ، إذا أخَذَها الإمامُ أو نائبُه منه ، لم يلْزَمْه تَعْرِيفُها . قالَه الأصحابُ .

---

(١) فى الأصل : « صاحب الحاوى » .

الشرح الكبير

له ذلك ، ولَزِمَه ضَمانُها ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ له على صاحِبِها . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعيِّ . ولأصْحابه وَجْهٌ ، أنَّ له أخْذَها لحِفْظِها ، كالإمامِ أو نائِبِه ، (١)ولا يَصِحُّ(١) ؛ (٢)لأنَّ النبيَّ ﷺ منَع أخْذَها مِن غير تَفْرِيقٍ بين قاصِدِ الحِفْظِ وقاصِدِ الالْتِقاطِ ، ولا يَصِحُّ(٢) القِياسُ على الإمامِ ؛ لأنَّ له وِلَايةً ، وهذا لا وِلايَةَ له . فإن وَجدها في مَوْضِعٍ يَخافُ عليها به ، كأرْضٍ مَسْبَعَةٍ ، يَغْلِبُ على الظَّنِّ أنَّ الأسَدَ يَفْتَرِسُها إن تُرِكَتْ به ، أو قَرِيبًا مِن دارِ الحَرْبِ ، يَخافُ عليها مِن أهْلِها ، أو بمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أهْلُه أمْوالَ المُسْلِمِين ، [١٨١/٥ ظ] أو في بَرِّيَّةٍ لا ماءَ بها ولا مَرْعَى ، فالأوْلَى جَوازُ أخْذِها للْحِفْظِ ، ولا ضَمانَ على آخِذِها ؛ لأنَّ فيه إنْقاذَها مِن الهَلاكِ ، فأشْبَهَ تَخْلِيصَها مِن غَرَقٍ أو حَرِيقٍ ، وإذا أخَذَها سَلَّمها إلى نائِبِ الإمامِ ، وبَرِئَ مِن ضَمانِها ، ولا يَمْلِكُها بالتَّعْرِيفِ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ لم يَرِدْ بذلك فيها .

فصل : ويَسِمُ الإمامُ ما يَحْصُلُ عندَه مِن الضَّوالِّ بأنَّها ضالَّةٌ ، ويُشْهِدُ عليها ، ثم إن كان له حِمًى تَرْعَى فيه تَرَكَها فيه إن رَأى ذلك ، وإن رأى المَصْلَحَةَ في بَيْعِها ، أو لم يَكُنْ له حِمًى ، باعَها بعدَ أن يَحْلِيَها ويَحْفَظَ صِفاتِها ، ويَحْفَظُ ثَمَنَها لصاحِبِها ، فإنَّ ذلك أحْفَظُ لها ؛ لأنَّ تَرْكَها يُفْضِي إلى أن تأْكُلَ جَمِيعَ ثَمَنِها .

الإنصاف ....

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : ومَنْ تَرَك دابَّةً بمَهْلَكَةٍ ، فأخَذَها إنسانٌ فأطْعَمَها وسَقاها وخَلَّصَها ، مَلَكَها . وبه قال اللَّيْثُ ، والحَسَنُ بنُ صالِحٍ ، وإسحاقُ ، إلَّا أن يكونَ تَرَكَها لتَرْجِعَ إليه ، أو ضَلَّتْ منه . وقال مالكٌ : هي لمالِكِها ، ويَغْرَمُ ما أنْفَقَ عليها . وقال الشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : هي لمالِكِها ، والآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بالنَّفَقَةِ ، لا يَرْجِعُ بشيءٍ ؛ لأنَّه مِلْكُ غيرِه ، فلم يَمْلِكْه بغيرِ عِوَضٍ مِن غيرِ رِضاه ، كما لو كانت في غيرِ مَهْلَكَةٍ ، ولا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ بما أنْفَقَ ؛ لأنَّه أنفَقَ على مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَرْجِعْ به ، كما لو بَنَى دارَه . ولَنا ، ما رَوَى الشَّعْبِيُّ ، أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ دَابَّةً قَدْ عَجَز عَنْهَا أَهْلُها فَسَيَّبُوهَا ، فأَخَذهَا فَأَحْيَاهَا ، فَهِيَ لَهُ » . قال (1)عُبَيْدُ اللهِ بنُ حُمَيْدِ ابنِ عبدِ الرحمنِ(1) : فقلتُ - يعني للشَّعْبِيِّ - : مَنْ حَدَّثَك بهذا ؟ قال : غيرُ واحدٍ مِن أصحابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ . رَوَاهُ أبو داودَ(2) . وفي لَفْظٍ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ تَرَكَ دَابَّةً بمَهْلَكَةٍ ، فَأَحْيَاهَا رَجُلٌ ، فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا » . ولأنَّ في الحُكْمِ بِمِلْكِها إحياءَها وإنْقاذَها مِن الهَلَاكِ ، ومُحافَظَةً على حُرْمَةِ الحَيَوانِ ، وفي القَوْلِ بأنَّها لا تُمْلَكُ تَضْيِيعٌ لذلك كلِّه مِن غيرِ مَصْلَحَةٍ تَحْصُلُ ، ولأنَّه نُبِذَ رَغْبَةً عنه وعَجْزًا عن أخْذِه ، فمَلَكَه آخِذُه ، كالساقِطِ مِن السُّنْبُلِ ، وسائِرِ ما يَنْتَبِذُه الناسُ رَغْبَةً عنه . فأمَّا إن تَرَكَ مَتاعًا ، فخَلَّصَه إنسانٌ ، لم يَمْلِكْه ؛ لأنَّه لا حُرْمَةَ له في نَفْسِه ،

الإنصاف ....

(1 - 1) في م : « عبد الله بن عبد الرحمن » . وانظر : تهذيب التهذيب ٧/٩ .

(2) في : باب في من أحيا حسيرا ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٥٨ .

الشرح الكبير

ولا يُخْشَى عليه التَّلَفُ كالخَشْيَةِ على الحَيَوانِ ؛ فإنَّ الحَيَوانَ يَمُوتُ إذا لم يُطْعَمْ ويُسْقَى ، وتَأْكُلُه [١٨٢/٥ و] السِّباعُ ، والمَتاعُ يَبْقَى حتى يَرْجِعَ إليه صاحِبُهُ . وإن كان المَتْرُوكُ عَبْدًا ، لم يَأْخُذْه ؛ لأنَّ العَبْدَ فى العادَةِ يُمْكِنُه التَّخَلُّصُ إلى الأماكِنِ التى يَعِيشُ بها ، بخِلافِ البَهِيمَةِ . وله أخْذُ العَبْدِ والمَتاعِ لِيُخَلِّصَه لِصاحِبِه ، وله أجْرُ مِثْلِه فى تَخْلِيصِ المَتاعِ . نَصَّ عليه ، وكذلك العَبْدُ على قِياسِه . قال القاضِى : يَجِبُ أن يُحْمَلَ قولُه فى وُجُوبِ الأجْرِ ، على أنَّه جَعَلَ له ذلك أو أمَرَه به ، فأمّا إن لم يَجْعَلْ له شيئًا ، فلا شيءَ له ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مالِ غيرِه بغيرِ جُعْلٍ ، فلم يَسْتَحِقَّ شيئًا ، كالمُلْتَقِطِ ، وهذا خِلافُ ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه لو جَعَلَ له جُعْلًا لَاسْتَحَقَّه ، ولم يَجْعَلْ له أجْرَ المِثْلِ . ويُفارِقُ هذا المُلْتَقِطَ ، فإنَّه لم يُخَلِّصِ اللُّقَطَةَ مِن الهَلاكِ ، ولو تَرَكَها أمكنَ أن يَرْجِعَ صاحِبُها فيَطْلُبَها فى مَكانِها فيَجِدَها ، وههُنا إن لم يُخْرِجْه هذا ضاعَ وهَلَكَ ، ولم يَرْجِعْ إليه صاحِبُه ، ففِى جَعْلِ الأجْرِ فيه حِفْظُ الأمْوالِ مِن الهَلاكِ مِن غيرِ مَضَرَّةٍ ، فجازَ ، كالجُعْلِ فى الآبِقِ . ولأنَّ اللُّقَطَةَ جَعَلَ فيها الشّارِعُ ما يَحُثُّ على أخذِها ، وهو مِلْكُها إن لم يَجِئْ صاحِبُها ، فاكْتَفَى به عن الأجْرِ ، فيَنْبَغِى أن يُشْرَعَ فى هذا ما يَحُثُّ على تَخْلِيصِه بطَرِيقِ الأوْلَى ، وليس إلَّا الأجْرُ ، كَرَدِّ الآبِقِ .

فصل : فأمّا ما ألقاه رُكّابُ البَحْرِ فيه خَوْفًا مِن الغَرَقِ ، فلم أعْلَمْ لأصْحابِنا فيه قَوْلًا ، سِوَى عُمُومِ قَوْلِهم الذى ذَكَرْناه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ

الإنصاف ....

الشرح الكبير

هذا مَنْ أخَذَه . وهو قولُ اللَّيْثِ . وبه قال الحَسَنُ ، فيما أخْرَجه ، قال : وما نَضَبَ عنه الماءُ فهو لأهْلِه . وقال ابنُ المُنْذِرِ : يَرُدُّه على أصْحابِه ، ولا شئَ له . ويَقْتَضِيه قولُ الشافعيِّ ، والقاضِى ؛ لِما تَقَدَّمَ فى الفَصْلِ قَبلَه . ويَقْتَضِى قَوْلُ الإمامِ أبى عبدِ اللهِ ، أنَّ لمَن أنْقَذَه أجْرَ مِثْلِه ؛ لِما ذَكَرْنا . قال شَيْخُنا(1) : ووَجْهُ ما ذَكَرْنا مِن الاحْتِمالِ أنَّ هذا مالٌ ألْقاهُ أصْحابُه فيما يَتلَفُ ببَقائِه فيه اخْتِيارًا منهم ، فمَلَكَه مَن أخَذَه ، كالذى ألْقَوْه رَغْبَةً عنه ، ولأنَّ فيما ذَكَرُوه تَحْقِيقًا لإتْلافِه ، فلم يَجُزْ ، كمُباشَرَتِه بالإتْلافِ . فأمّا إنِ انْكَسَرتِ السَّفِينَةُ ، فأخْرَجَه قومٌ . فقال مالِكٌ : يَأْخُذُ أصحابُ المَتاعِ مَتاعَهُم ، ولا شئَ للذين أصابُوه . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وابنِ المُنْذِرِ ، والقاضِى . وعلى قِياسِ نَصِّ أحمدَ يكونُ لمُسْتَخْرِجه هٰهُنا أجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ ذلك وَسيلةٌ إلى تَخْلِيصِه وحِفْظِه لصاحِبه وصِيانَتِه عن [١٨٢/٥ ظ] الغَرَقِ ، فإنَّ الغَوّاصَ إذا عَلِمَ أنَّه يُدْفَعُ إليه الأجْرُ ، بادَرَ إلى التَّخْلِيصِ ليُخَلِّصَه ، وإن عَلِمَ أنه يُؤْخَذُ منه بغيرِ شئٍ ، لم يُخاطِرْ بنَفْسِه فى اسْتِخْراجِه ، فيَنْبَغِى أن يُقْضَى له بالأجْرِ ، كجُعْلِ رَدِّ الآبِقِ .

فصل : ذَكَرَ القاضِى فيما إذا الْتَقَطَ عَبْدًا صَغِيرًا ، أو جارِيَةً ، أنَّ قِياسَ المَذْهَبِ أنَّه لا يُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ . وقال الشافعيُّ : يُمْلَكُ العَبْدُ دُونَ الجارِيَةِ ؛ ولأنَّ التَّمَلُّكَ بالتَّعْرِيفِ عندَه اقْتِراضٌ ، والجارِيَةُ عندَه لا تُمْلَكُ بالقَرْضِ . قال شيخُنا(1) : وهذه المسألةُ فيها نَظَرٌ ؛ فإنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ

الإنصاف ....

(1) فى : المغنى ٨/٣٤٩ .

المقنع

الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْأَمْوَالِ ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ [١٤٩ ظ] وَالْغَنَمِ ، وَالْفُصْلَانِ ، وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالْأَفْلَاءِ .

الشرح الكبير

بحُرِّيَّته ، وإن كان مِمَّن يُعَبِّرُ[1] عن نَفْسِه ، فأقَرَّ بأنَّه مَمْلُوكٌ ، لم يُقْبَلْ إقرارُه ؛ لأنَّ الطِّفْلَ لا قَوْلَ له ، ولو اعْتُبِرَ قَوْلُه فى ذلك ، لاعْتُبِرَ فى تَعْرِيفِه لسَيِّدِه .

(الثالثُ ، سائِرُ الأمْوالِ ؛ كالأثْمانِ ، والمَتاعِ ، والغَنَمِ ، والفُصْلانِ ، والعَجاجِيلِ ، والأفْلاءِ[2]) فيجوزُ الْتِقاطُها لمَن يَقْصِدُ تَعْرِيفَها وتَمَلُّكَها بعدَه ؛ لحَديثِ زَيْدِ بن خالِدٍ فى لُقَطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ ، وقولِه فى الشَّاةِ : « خُذْهَا فَإِنَّما هِىَ لَكَ أَوْ لأخِيكَ أو للذِّئْبِ »[3] . ثَبَت فى الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، وقِسْنَا عليه المَتاعَ ، وقِسْنا على الشّاةِ كلَّ حَيَوانٍ

الإنصاف

قوله : الثَّالِثُ ، سائرُ الأموالِ ؛ كالأثْمانِ ، والمَتاعِ ، والغَنَمِ ، والفُصْلانِ ، والعَجاجِيلِ ، والأفْلاءِ . يعْنِى ، يجوزُ التِقاطُها . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ [٢٢٩/٢ ظ] . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : وكذا مريضٌ لا ينْبَعِثُ ، ولو كان كبيرًا . وعنه ، فى شاةٍ ، وفَصِيلٍ ، وعِجْلٍ ، وفِلْوٍ ، لا يجوزُ التِقاطُه . ذكَرَها المُصَنِّفُ وغيرُه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وعنه ، لا يلْتَقِطُ الشَّاةَ ونحوَها إلَّا الإمامُ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وذكَر أبو الفَرَجِ فى العَرْضِ رِوايَةً ، لا يلْتَقِطُه .

---

(١) فى الأصل : « لا يعبر » .
(٢) الأفلاء : جمع فلو ، وهو ولد الفرس .
(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

الشرح الكبير

لا يَمْتَنِعُ بنَفْسِه مِن صِغارِ السِّباعِ ، وهى الثَّعْلَبُ ، وابنُ آوَى ، والذِّئْبُ ، وَوَلَدُ الأسَدِ ، ونحوُها ، ومنه الدَّجَاجُ ، والإِوَزُّ ، ونحوُها ، يجوزُ الْتِقاطُها . ورُوِىَ عن أحمدَ رِوايةٌ أُخْرَى ، ليس لغيرِ الإمامِ الْتِقاطُها ، يَعْنِى الشّاةَ ونحوَها مِن الحَيَوانِ . وقال اللَّيْثُ بنُ سعدٍ : لا أخْتارُ أن يَقْرَبَها ، إلَّا أن يُحْرِزَها لصاحِبِها ؛ لقولِ رَسُولِ اللهِ ﷺ : « لَا يُؤْوِى الضَّالَّةَ إلَّا ضَالٌّ »[(١)] . ولأنَّه حيوانٌ ، أشْبَهَ الإِبلَ . و لَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ فى الشّاةِ : « خُذْهَا ، فَإنَّمَا هِىَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ للذِّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عليه . ولأنَّه يُخْشَى عليه التَّلَفُ والضَّياعُ ، أشْبَهَ لُقَطَةَ غيرِ الحَيوانِ ، وحَديثُنا

الإنصاف

تنبيه : شَمِلَ كلامُ المُصَنِّفِ العَبْدَ الصَّغيرَ ، والجارِيَةَ . وهو صحيحٌ . قال فى « الرِّعايَةِ » : والعَبْدُ الصَّغيرُ كالشّاةِ . وكذا كلُّ جارِيَةٍ تحْرُمُ على المُلْتَقِطِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قال الحارِثِىُّ : وصِغارُ الرَّقيقِ مُطْلَقًا يجوزُ الْتِقاطُه . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، واقْتَصَر على ذلك . وقيل : لا يُمْلَكُ بالتَّعْريفِ . قال القاضى : هذا قِياسُ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[(٢)] : وهذه المَسْألَةُ فيها نظَرٌ ؛ فإنَّ اللَّقِيطَ مَحْكومٌ بحُرِّيَّتِه ، فإنْ كان ممَّن لا يُعَبِّرُ عن نَفْسِه ، فأَقَرَّ[(٣)] بأنَّه مَمْلوكٌ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه ؛ لأنَّ الطِّفْلَ لا قَوْلَ له ، ولو اعْتُبِرَ قَوْلُه فى ذلك ، لاعْتُبِرَ فى تعْرِيفِه سيِّدَه . انتهى . وتقدَّم كلامُ المُصَنِّفِ ، فى آخرِ البابِ الذى قبلَه ، وفيه إشارَةٌ إلى أنَّ الصَّغيرَ يُمْلَكُ بالتَّعْريفِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٣ .
(٢) المغنى ٣٤٩/٨ .
(٣) فى الأصل : « فذلك » .

الشرح الكبير

أَخَصُّ مِن حَدِيثِهِم ، فنَخُصُّه به ، ولو قُدِّرَ التَّعارضُ قُدِّم حَدِيثُنا ؛ لأنَّه أصَحُّ ، ولا يَصِحُّ قِياسُه على الإبلِ ، فإنَّ النبيَّ ﷺ عَلَّلَ مَنْعَ الْتِقاطِها بأنَّ مَعَهـا حِذاءَها وسِقاءَها ، وهذا مَعْدُومٌ فى الغَنَمِ ، ثم قد فَرَّقَ النبيُّ ﷺ بينَهما فى خَبَرٍ واحدٍ ، فلا يجوزُ الجَمْعُ بين ما فَرَّقَ الشَّارِعُ بينَهما ، ولا قِياسُ ما أمَرَ بالْتِقاطِه على ما مَنَع منه .

فصل : ولا فَرْقَ بين أن يَجِدَها بمِصْرٍ أو مَهْلَكَةٍ . [١٨٣/٥ و] وقال مالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، فى الشّاةِ تُوجَدُ فى الصَّحْراءِ : اذْبَحْها وكُلْها . وفى المِصْرِ : ضُمَّها حتى يَجِدَها صاحِبُها ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ » . ولا يكونُ الذِّئْبُ فى المِصْرِ . ولَنا ، أنَّ النبيَّ ﷺ أمَر بأخْذِها ، ولم يُفَرِّقْ ولم يَسْتَفْصِلْ ، ولو افْتَرَقَ الحالُ لاسْتَفْصَلَ ، ولأنَّها لُقَطَةٌ ، فاسْتَوَى فيها المِصْرُ وغيرُه ، كسائرِ اللُّقَطاتِ . وقَوْلُهم : لا يكونُ الذِّئْبُ فى المِصْرِ . قُلْنا : كونُها للذِّئْبِ فى الصَّحْرَاءِ ، لا يَمْنَعُ كَوْنَها لغيرِه فى المِصْرِ . ومَتى عَرَّفَها حَوْلًا مَلَكَها . وذَكَر القاضِى ، وأبو الخَطّابِ ، عن أحمدَ رِوَايَةً : أنَّه لا يَمْلِكُها . ولَعَلَّها الرِّوايَةُ التى مَنَع مِن الْتِقاطِها فيها . ولَنا ، قولُه عليه السلامُ : « هِيَ لَكَ » . أضافَها إليه بلامِ التَّمْلِيكِ ، ولأنَّ الْتِقاطَها مُباحٌ ، فمُلِكَتْ بالتَّعْرِيفِ ، كالأثْمانِ . وقد حكَاهُ ابنُ المُنْذِرِ إجْماعًا .

الإنصاف ....

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

المقنع فَمَنْ لَا يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، لَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَهَا وَلَمْ يَمْلِكْهَا وَإِنْ عَرَّفَهَا . وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَقَوِىَ عَلَى تَعْرِيفِهَا ، فَلَهُ أَخْذُهَا ، وَالْأَفْضَلُ تَرْكُهَا .

الشرح الكبير **٢٥٠٢** - مسألة : (فمَن لا يَأْمَنُ نَفْسَه عليها ، ليس له أخْذُها) فإن أخَذَها ، لَزِمَه ضَمانُها (ولا يَمْلِكُها وإن عَرَّفها) إذا الْتَقَط لُقَطَةً ، عازِمًا على تَمَلُّكِها بغيرِ تَعْرِيفٍ ، فقد فَعَل مُحَرَّمًا ، ولا يَحِلُّ له أخْذُها بهذه النِّيَّةِ ، فإن أخَذَها ، لَزِمَه ضَمانُها ، سواءٌ تَلِفَتْ بتَفْرِيطٍ ، أو بغيرِ تَفْرِيطٍ ، ولا يَمْلِكُها وإن عَرَّفَها ؛ لأنَّه أخَذَ مالَ غيرِه على وَجْهٍ ليس له أخْذُه ، فهو كالغاصِبِ . نَصَّ عليه أحمدُ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَها ؛ لأنَّ مِلْكَها بالتَّعْرِيفِ والالْتِقاطِ ، وقد وُجِدا ، فيَمْلِكُها بذلك ، كالاصْطِيادِ ، والاحْتِشاشِ ، إذا دَخَل مِلْكَ غيرِه بغيرِ إذْنِه فاصْطَادَ أو احْتَشَّ منه ، مَلَك الصَّيْدَ والحَشِيشَ ، وإن كان دُخُولُه مُحَرَّمًا ، كذا ههُنا . ولأنَّ عُمُومَ النَّصِّ يَتَناوَلُ هذا المُلْتَقَطَ ، فيَثْبُتُ حُكْمُه فيه ، ولأنَّنا لو اعْتَبَرْنا نِيَّةَ التَّعْرِيفِ وَقْتَ الالْتِقاطِ ، لافْتَرَقَ الحالُ بينَ العَدْلِ والفاسِقِ ، والصَّبِىِّ والسَّفِيهِ ؛ لأنَّ الغالِبَ على هَؤُلاءِ الالْتِقاطُ للتَّمْلِيكِ لا للتَّعْرِيفِ .

٢٥٠٣ - مسألة : (ومَن أمِن نَفْسَه عليها ، وقَوِىَ على تَعْرِيفِها ، فله أخْذُها) لِما ذَكَرْنا (والأفْضَلُ تَرْكُها) قاله أحمدُ . رُوِىَ مَعْنَى ذلك عن ابنِ عَبّاسٍ ، وابنِ عُمَرَ . وبه قال جابرُ بنُ زَيْدٍ ، والرَّبِيعُ بنُ خُثَيْمٍ ،

الإنصاف قوله : ومَن أَمِنَ نَفْسَه عليها ، وقَوِىَ على تَعْرِيفِها ، فله أخْذُها ، والأفْضَلُ تَرْكُها . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى

المقنع

وَعِنْدَ أَبِى الْخَطَّابِ : إِنْ وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ فَالْأَفْضَلُ أَخْذُهَا .

الشرح الكبير

وعَطَاءٌ . وقال أبو الخَطّابِ : إذا وَجَدَها بمَضْيَعَةٍ وأمِنَ نَفْسَه عليها (فالأفْضَلُ أخْذُها) . وهذا قولٌ للشافعيِّ.(١) [٥/١٨٣ ظ] وعنه ، أنّه يَجِبُ أخْذُها ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَـٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾(٢) . وإذا كان وَلِيَّه ، وَجَب عليه حِفْظُ مالِه ، كوَلِىِّ اليَتِيمِ . ومِمَّن رأى أخْذَها سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحَسَنُ بنُ صالحٍ ، وأبو حنيفةَ . وأخَذَها أُبَىُّ بنُ كَعْبٍ ، وسُوَيْدُ بنُ غَفَلَةَ . وقال مالكٌ : إن كان شيئًا له بالٌ ، يَأْخُذُه أحَبُّ إلَىَّ ويُعَرِّفُه ؛ لأن(٣) فيه حِفْظَ مالِ المُسْلِمِ عليه ، فكان أوْلَى مِن تَضْيِيعِه ، كتَخْلِيصِه مِن الغَرَقِ . ولَنا ، قولُ ابنِ عُمَرَ ، وابنِ عبّاسٍ ، ولا يُعْرَفُ لهما مُخالِفٌ فى الصَّحابةِ ، ولأنّه يُعَرِّضُ نَفْسَه لأكْلِ

الإنصاف

« الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وعندَ أبِى الخَطَّابِ ، إنْ وجَدَها بمَضْيَعَةٍ ، فالأفْضَلُ أخْذُها . قال الحارِثِىُّ : وهذا أظْهَرُ الأقْوالِ . قلتُ : وهوالصَّوابُ . وخرَّج بعضُ الأصحابِ مِن هذا القَوْلِ وُجوبَ أخْذِها ، وهو قَوِىٌّ فى النَّظَرِ .

تنبيه : ظاهِرُ قَوْلِه : وقَوِىَ على تَعْرِيفِها . أنَّ العاجِزَ عن التَّعْريفِ ليس له أخْذُها . وهو صَحيحٌ . وكذا الحُكْمُ إنْ لم يأْمَنْ نَفْسَه عليها . ولا يمْلِكُها بالتَّعْريفِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وفيه وَجْهٌ ، يمْلِكُها . ذكَرَه فى

(١) فى الأصل ، والمغنى : « الشافعى » .

(٢) سورة التوبة ٧١ .

(٣) فى م : « ولأن » .

المقنع وَمَتَى أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ فَرَّطَ فِيهَا ، ضَمِنَهَا .

الشرح الكبير الحَرامِ ، وتَضْييعِ الواجِبِ مِن تَعْرِيفِها وأداءِ الأمَانةِ فيها ، فكان تَرْكُه أوْلَى وأسْلَمَ ، كوِلايةِ مالِ اليَتِيمِ ، وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالضَّوالِّ ، فإنَّه لا يجوزُ أخْذُها مع ما ذَكَرُوه ، وكذلك وِلايةُ مالِ الأيْتامِ .

٢٥٠٤ – مسألة : (ومتى أخَذَها ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِها ، [(١)]أو فَرَّطَ فيها ، ضَمِنَها) إذا أخَذَ اللُّقَطَةَ ، ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِها[(١)] ، ضَمِنَها . رُوِىَ

الإنصاف « المُغْنِى » وغيره .

فائدة : لو أخَذَها بِنيَّةِ الأمانَةِ ، ثم طرَأَ قَصْدُ الخِيانَةِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : يحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، لا يضْمَنُ ، كما لا يضْمَنُ لو كان أوْدَعَه . قال الحارِثِىُّ : وهذا اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، وهو الصَّحيحُ . انتهى . والثَّانى ، يضْمَنُ . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهو الأشْبَهُ بقَوْلِ أصحابِنا فى التَّضْمِينِ بمُجَرَّدِ اعْتِقادِ الكِتْمانِ ، ويُخالِفُ المُودَعَ ، فإنَّه مُسَلَّطٌ مِن جِهَةِ المالِكِ . انتهى . وتقدَّم نَظِيرُ ذلك فى الوَدِيعَةِ ، قبلَ قَوْلِه : وإنْ أوْدَعَه صَبِىٌّ وَدِيعَةً . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » حِكايَةً عن صاحِبِ « التَّرْغيبِ » .

قوله : ومَتَى أخَذَها ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِها ، أو فَرَّطَ فيها ، ضَمِنَها . اعلمْ أنَّه إذا التقَطَها ، ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِها ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ تكونَ ممَّا يجوزُ التِقاطُه ، أوْ لا ؛ فإنْ كانتْ ممَّا يجوزُ التِقاطُه ، ضَمِنَها ، إلَّا أنْ يأْمُرَه الحاكِمُ أو نائبُه بذلك ، فإنَّه لا يضْمَنُ ، بلا نِزاعٍ ، كما تقدَّم . وإنْ كانتْ ممَّا لا يجوزُ التِقاطُه إذا رَدَّه ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ بإذْنِ الإمامِ أو نائبِه ، أوْ لا ؛ فإنْ كان بإذْنِ أحَدِهما ، لم يضْمَنْ ، وإنْ

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

ذلك عن طَاوُسٍ ، وبه قال الشافعيُّ . وقال مالكٌ : لا ضَمانَ عليه ؛ لأَنَّه رُوِىَ عن عُمَرَ ، أنَّه قال لرجلٍ وَجَد بَعِيرًا : أَرْسِلْه حيث وَجَدْتَه . رَواه الأَثْرَمُ[1] . ولِما رُوِىَ عن جَرِيرِ بن عبدِ اللهِ ، أنه رَأى فى بَقَرِه بَقَرةً قد لَحِقَتْ بها ، فأمَرَ بها فطُرِدَتْ حتى تَوارَتْ[2] . ولَنا ، أنَّها أمانَةٌ حَصَلَتْ فى يَدِه ، لَزِمَه حِفْظُها ، وتَرْكُها تَضْيِيعُها . فأمّا حَدِيثُ عُمَرَ ، فهو فى الضّالَّةِ التى لا يَحِلُّ أخْذُها . فإذا أخَذَه احْتَمَلَ أنَّ له رَدَّه إلى مكانِه ، ولا ضَمانَ عليه ؛ لهذه الآثارِ ، ولأَنَّه كان واجبًا عليه تَرْكُه فى مكانِه ابْتِداءً ، فكان له ذلك بعد أخْذِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَبْرَأَ مِن ضَمانِه بردِّه ؛ لأَنَّه دَخَل فى ضَمانِه ، فلم يَبْرَأْ بردِّه إلى مكانِه ، كالمَسْرُوقِ ، وما يَجُوزُ الْتِقاطُه . فعلى هذا ، لا يَبْرَأُ إلَّا بردِّه إلى الإمامِ أو نائِبه . وأمّا عُمَرُ فهو كان الإمامَ ، فإذا أمَر بردِّه . فهو كأخْذِه منه . وحَدِيثُ جَرِيرٍ لا حُجَّةَ فيه ؛ لأَنَّه لم يأْخُذِ البَقَرَةَ ، ولا أخَذَها غُلامُه ، إنَّما لَحِقَتْ بالبَقَرِ مِن غيرِ فِعْلِه ولا اخْتِيارِه . كذلك[3] يَلْزَمُه ضَمانُها إذا فَرَّطَ فيها ؛ لأَنَّها أمانَةٌ ، فهى كالوَدِيعةِ .

الإنصاف

كان بغيرِ إذْنٍ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يضْمَنُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يضْمَنُ . وهما احْتِمالان مُطْلَقان فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . فعلى المذهبِ ، يزُولُ عنه الضَّمانُ لو أخَذَها ودَفَعَها إلى الإمامِ أو نائِبه .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٧ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٧ .

(٣) فى م : « ولذلك » .

الشرح الكبير

فصل : فإن ضاعَتِ اللُّقَطَةُ مِن مُلْتَقِطِها فى حَوْلِ التَّعْرِيفِ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّها أمانةٌ فى يَدِه ، فهى كالوَدِيعةِ . فإن الْتَقَطَها آخَرُ ، فعَلِمَ أنَّها ضاعتْ مِن الأوَّلِ [٥/١٨٤ و] فعليه رَدُّها إليه ؛ لأنَّه قد ثَبَت له حَقُّ التَّمَوُّلِ وَولايَةُ التَّعْرِيفِ والحِفْظِ ، فلا يَزُولُ بالضَّياعِ . فإن لم يَعْلَمِ الثّانى بالحالِ حتى عَرَّفَها حَوْلًا ، مَلَكَها ؛ لأنَّ سَبَبَ المِلْكِ وُجِدَ منه مِن غيرِ عُدْوانٍ ، فَثَبَتَ المِلْكُ به ، كالأوَّلِ ، ولا يَمْلِكُ الأوَّلُ انْتِزاعَها منه ؛ لأنَّ المِلْكَ مُقَدَّمٌ على حَقِّ التَّمَلُّكِ . فإذا جاء صاحِبُها أخَذَها مِن الثانى ، وليس له مُطَالَبَةُ الأوَّلِ ؛ لأنَّه لم يُفَرِّطْ . وإن عَلِمَ الثانى بالأوَّلِ ، فرَدَّها إليه ، فأبَى أخْذَها ، وقال : عَرِّفْها أنت . فعرَّفَها ، مَلَكَها أيضًا ؛ لأنَّ الأوَّلَ تَرَك حَقَّه ، فسَقَطَ . وإن قال : عَرِّفْها ، ويكونُ مِلْكُها لى . ففَعَلَ ، فهو نائِبُه فى التَّعْرِيفِ ، ويَمْلِكُها الأوَّلُ ؛ لأنَّه وَكَّلَه فى التَّعْرِيفِ ، فصَحَّ ، كما لو كانتْ فى يَدِ الأوَّلِ . وإن قال : عَرِّفْها ، وتكونُ بَيْنَنا . ففَعَلَ ، صَحَّ أيضًا ، وكانتْ بينهما ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقَّه مِن نِصْفِها ، ووَكَّلَه فى الباقِى . وإن قَصَد الثّانى بالتَّعْرِيفِ تَمَلُّكَها لنَفْسِه دُونَ الأوَّلِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُها الثّانى ؛ لأنَّ سَبَبَ المِلْكِ وُجِدَ منه ، فمَلَكَها ، كما لو أذِنَ له الأوَّلُ فى تَعْرِيفِها لنَفْسِه . والثّانِى ، لا يَمْلِكُها ؛ لأنَّ وِلايَةَ

الإنصاف

فائدة : لو أخَذ مِن نائمٍ شيئًا ، لم يَبْرَأْ منه إلَّا بتَسْليمِه له بعدَ انْتِباهِه ، وكذلك السَّاهِى[1] .

---

(١) سقط من : الأصل ، ا .

الشرح الكبير

التَّعْرِيفِ للأوَّلِ ، أشْبَهَ ما لو غَصَبَها مِن المُلْتَقِطِ غاصِبٌ فعَرَّفَها . وكذلك الحُكْمُ إذا عَلِمَ الثّانِى بالأوَّلِ فعَرَّفَها ، ولم يُعْلِمْه بها . ويُشْبِهُ هذا مَن تحَجَّرَ مَواتًا إذا سَبَقَه غيرُه[1] إلى ما حَجَّرَه ، فأحْياهُ بغيرِ إذْنِه . فأمّا إن غَصَبَها غاصِبٌ مِن المُلْتَقِطِ فعَرَّفَها ، لم يَمْلِكْها ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنه تَعَدَّى بأخْذِها ولم يُوجَدْ منه سَبَبُ تَمَلُّكِها ، فإنَّ الالْتِقاطَ مِن جُمْلَةِ السَّبَبِ ، ولم يُوجَدْ منه . ويُفارِقُ هذا إذا الْتَقَطَها ثانٍ ، فإنّه وُجِدَ منه سببُ[2] الالْتِقاطِ والتَّعْرِيفِ .

فصل : ومَن اصْطادَ سَمَكَةً مِن البَحْرِ ، فوَجَدَ فيها دُرَّةً أو عَنْبَرَةً ، أو شيئًا مِمّا يكونُ فى البَحْرِ ، فهو للصَّيّادِ ؛ لأنَّ ذلك يكونُ فى البَحْرِ . قال اللهُ تعالى : ﴿ وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾[3] . ولأنَّ الأصْلَ عَدَمُ مِلْكِها لغَيْرِه . فإن باعَها الصَّيّادُ ولم يَعْلَمْ ، فوَجَدَها المُشْتَرِى فى بَطْنِها ، فهى للصَّيّادِ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه إذا لم يَعْلَمْ به ، فما باعَهُ ولا رَضِىَ بزَوالِ مِلْكِه عنه ، فأشْبَهَ مَن باع دارًا له مالٌ مَدْفُونٌ فيها . فإن وَجَدَ دَراهِمَ أو دَنانِيرَ ، فهى لُقَطَةٌ ؛ لأنَّ ذلك لا يُخْلَقُ فى البَحْرِ ، ولا يكونُ إلَّا للآدَمِىِّ ، فكان لُقَطَةً ، كما لو وَجَدَه [١٨٤/٥ ظ] فى البَرِّ[4] . وكذلك الحُكْمُ فى الدُّرَّةِ والعَنْبَرَةِ إذا كان فيها أثَرٌ لآدَمِىٍّ ، كالمَثْقُوبَةِ ، والمُتَّصِلَةِ

الإنصاف ....

(١) سقط من : الأصل .
(٢) سقط من : م .
(٣) سورة فاطر ١٢ .
(٤) فى النسخ : « البحر » .

الشرح الكبير

بذَهَبٍ أو فِضَّةٍ أو غيرِهما . أو كانتِ العَنْبَرَةُ تُفّاحَةً ونحوَ ذلك ، مِمَّا لا يُخْلَقُ عليه فى البَحْرِ تكونُ لُقَطَةً ؛ لأنَّها لم تَقَعْ فى البَحْرِ ، حتى تَثْبُتَ اليَدُ عليها ، فهى كالدِّينارِ ، فمتى وَجَدَها الصَّيّادُ فعليه تَعْرِيفُها ؛ لأنَّه مُلْتَقِطُها ، وإن وَجَدَها المُشْتَرِى ، فالتَّعْرِيفُ عليه ؛ لأنه واجِدُها ، ولا حاجَةَ إلى البِدايَةِ بالبائعِ ، فإنَّه لا يَحْتَمِلُ أن تكونَ السَّمَكَةُ ابْتَلَعَتْ ذلك بعدَ اصْطِيادِها ومِلْكِ الصَّيّادِ لها، فاسْتَوَى هو وغيرُه . فأمّا إن اشْتَرَى شاةً ووَجَدَ فى بَطْنِها دُرَّةً أو عَنْبَرَةً أو دَنانِيرَ أو دَراهِمَ ، فهى لُقَطَةٌ يُعَرِّفُها ، ويَبْدَأُ بالبائعِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن تكونَ ابْتَلَعَتْها مِن مِلْكِه ، فيَبْدَأُ به ، كقَوْلِنا فى مَن اشْتَرَى دارًا فوَجَدَ فيها مالًا مَدْفُونًا . وإن اصْطادَ السَّمَكَةَ مِن غيرِ البَحْرِ ، كالنَّهْرِ والعَيْنِ ، فحُكْمُها حُكْمُ الشّاةِ ، فى أنَّ ما وُجِدَ فى بَطْنِها مِن ذلك فهو لُقَطَةٌ ؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا فى البَحْرِ عادَةً . ويَحْتَمِلُ أنَّ النَّهْرَ إذا كان مُتَّصِلًا بالبَحْرِ ، فهو كما لو صادَها منه ؛ لأنَّها قد تَبْتَلِعُ ذلك فى البَحْرِ ، ثم تَخْرُجُ إلى النَّهْرِ ، وإن لم يَكُنْ مُتَّصِلًا به ، فهو لُقَطَةٌ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ للصَّيّادِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ .

فصل : وإن وَجَدَ عَنْبَرَةً على السّاحِلِ ، فهى له ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أنَّ البَحْرَ أَلْقاها ، والأصْلُ عَدَمُ المِلْكِ فيها ، فكانت مُباحَةً لآخِذِها ، كالصَّيْدِ . وقد رَوَى سَعِيدٌ ، عن إسماعيلَ بنِ عَيّاشٍ ، عن مُعاوِيَةَ بنِ عَمْرٍو

الشرح الكبير

العَبْدَرِىُّ[1] ، قال : أَلْقَى بَحْرُ عَدَنَ عَنْبَرَةً مِثلَ البَعِيرِ ، فأَخَذَها ناسٌ بعَدَنَ ، فكَتَبَ إلى عُمَرَ بن عبدِ العَزِيزِ ، فكَتَبَ إلينا ، أن خُذُوا منها الخُمْسَ ، وادْفَعُوا إليهم سائِرَها ، وإن باعوكُمُوها فاشْتَرُوها . فأَرَدْنا أن نَزِنَها ، فلم نَجِدْ مِيزانًا يُخرِجُها ، فقَطَعْناها ثِنْتَيْنِ وَوَزَنّاها ، فوَجَدْناها[2] سِتَّمائةَ رَطْلٍ ، فأَخَذْنا خُمْسَها ، ودَفَعْنا سائِرَها إليهم ، ثم اشْتَرَيْناها بخَمْسَةِ الآفِ دِينارٍ ، وبَعَثْنا بها إلى عُمَرَ ، فلم يَلْبَثْ إلَّا قَلِيلًا حتى باعَها بثَلاثةٍ وثلاثِين أَلْفَ دِينارٍ .

فصل : وإن صاد غَزالًا فوَجَدَه مَخْضُوبًا ، أو فى عُنُقِه خَرَزٌ ، أو فى أُذُنِه قُرْطٌ ، ونحوَ ذلك ممّا يَدُلُّ على ثُبُوتِ اليَدِ عليه ، فهو لُقَطَةٌ ؛ لأنَّ ذلك يَدُلُّ على أنَّه كان مَمْلُوكًا . قال أحمدُ ، فى مَن أَلْقَى شَبَكَةً فى البَحْرِ فوَقَعَتْ فيها سَمَكَةٌ ، فجَذَبَتِ الشَّبَكَةَ ، فمَرَّتْ بها فى البَحْرِ ، فصادَها رَجُلٌ : فإنَّ السَّمَكَةَ له ، والشَّبَكَةُ يُعَرِّفُها ويَدْفَعُها [١٨٥/٥ و] إلى صاحِبِها . فجَعَلَ الشَّبَكَةَ لُقَطَةً ؛ لأنها كانت[3] مَمْلُوكَةً لآدَمِىٍّ ، والسَّمَكَةُ لمَن صادَها ؛ لأنَّها كانت مُباحَةً ، ولم يَمْلِكْها صاحِبُ الشَّبَكَةِ ؛ لكَوْنِ شَبَكَتِه لم تُثْبِتْها ، فبَقِيَتْ على الإباحَةِ . وهكذا لو نَصَب فَخًّا أو شَرَكًا ، فوَقَعَ فيه صَيْدٌ مِن صُيُودِ البَرِّ فأَخَذَه وذَهَب به ، فصادَه آخَرُ ، فهو لمن صادَه ، ويَرُدُّ الآلَةَ إلى صاحِبِها ، فإن لم يَعْرِفْ صاحِبَها

(١) فى م : « الصدرى » . وفى المغنى ٣١٨/٨ : « العبدى » . ولم نهتد إليه .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

فهى لُقَطَةٌ . وقال أحمدُ ، فى رَجُلٍ انْتَهَى إلى شَرَكٍ فيه حِمارُ وَحْشٍ أو ظَبىٌ قد شارَفَ المَوْتَ ، فخَلَّصَه وذَبَحه : فهو لصاحِبِ الحِبَالَةِ(١) ، وما كان من الصَّيْدِ فى الحِبَالَةِ(١) فهو لمَن نَصَبَها ، وإن كان بازِيًّا أو صَقْرًا أو عُقَابًا . وسُئِلَ عن بازِىٍّ أو صَقْرٍ أو كَلْبٍ مُعَلَّمٍ أو فَهْدٍ ، ذَهَب عن صاحِبه ، فدَعَاهُ فلم يُجِبْه ، ومَرَّ فى الأرضِ حتى أتَى لذلك أيَّامٌ ، فأتَى قَرْيَةً ، فسَقَطَ على حائِطٍ ، فدَعَاهُ رَجُلٌ فأجابَهُ . قال : يَرُدُّه على صاحِبه . قيلَ له : فإن دَعَاهُ فلم يُجِبْه ، فنَصَبَ له شَرَكًا فصادَه به . قال : يَرُدُّه على صاحِبه . فجَعَلَه لصاحِبه ؛ لأنَّه قد مَلَكَه . فلم يَزُلْ مِلْكُه عنه بذَهَابه ، والسَّمَكَةُ فى الشَّبَكَةِ لم يَكُنْ مَلَكَها ولا حازَها ، وكذلك جَعَل ما وَقَع فى الحِبَالَةِ مِن الصَّقْرِ والعُقابِ لصاحِبِ الحِبَالَةِ(١) ، ولم يَجْعَلْه هٰهُنا لمَن وَقَع فى شَرَكِه ؛ لأنَّ هذا فيما عُلِمَ أنَّه قد كان مَمْلُوكًا لإنْسانٍ فذَهَبَ ، وإنَّما يُعْلَمُ هذا بالخَبَرِ ، أو بوُجُودِ ما يَدُلُّ على المِلْكِ فيه ، كوُجُودِ السَّيْرِ فى رِجْلِه أو آثارِ التَّعْلِيمِ ، مثلَ اسْتِجابَتِه للذى يَدْعُوه ، ونحوِ ذلك ، فإن لم يُوجَدْ ما يَدُلُّ على أنَّه مَمْلُوكٌ ، فهو لمَن صادَه ؛ لأنَّ الأصْلَ إباحَتُه وعَدَمُ المِلْكِ فيه .

فصل : ومَن أُخِذَتْ ثِيابُه فى الحَمّامِ ووَجَد بَدَلَها ، أو أُخِذَ مَداسُه وتُرِكَ له بَدَلُه ، لم يَمْلِكْه بذلك . قال أحمدُ ، فى مَن سُرِقَتْ ثيابُه ووَجَدَ غيرَها : لم يَأْخُذْها ، فإن أخَذَها عَرَّفَها سَنَةً ، ثم تَصَدَّقَ بها . إنَّما قال

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « الحبولة » .

الشرح الكبير

ذلك ؛ لأنَّ آخِذَ الثِّيابِ لم تقَعْ بينَه وبينَ مالِكِها مُعاوَضَةٌ تَقْتَضِى زَوالَ مِلْكِه عن ثِيابِه ، فإذا أخذَها فقد أخذ مالَ غيرِه ، ولا يَعْرِفُ صاحِبَه ، فيُعَرِّفُه ، ويَتَصَدَّقُ به ، كالصَّدَقَةِ باللُّقطَةِ . قال شيخُنا(1) : ويَحْتَمِلُ أن يُنْظَرَ فى هذا ، فإن كانت ثَمَّ قَرِينةٌ تَدُلُّ على السَّرِقَةِ ، بأن تكونَ ثِيابُه أو مَداسُه خَيْرًا مِن المَتْرُوكِ له ، وكانت مما لا يَشْتَبِهُ على الآخِذِ بِثِيابِه ومَداسِه ، فلا حاجَةَ إلى التَّعْرِيفِ ؛ لأنَّ التَّعْرِيفَ إنَّما جُعِلَ على المالِ [١٨٥/٥ ظ] الضّائِعِ مِن رَبِّه ، ليَعْلَمَ به ويَأْخُذَه . وتارِكُ هذا عالِمٌ به راضٍ ببَدَلِه عِوَضًا عما أخَذَه ، ولا يَعْتَرِفُ أنَّه له ، فلا يَحْصُلُ مِن تَعْرِيفِه فائِدَةٌ ، فإذًا ليس بمَنْصُوصٍ عليه ، ولا هو فى مَعْنَى المَنْصُوصِ . وفيما يَصْنَعُ به ثَلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يتَصَدَّقُ بها ، على ما ذَكَرْنا . والثانى ، أنه يُباحُ له أخْذُها ؛ لأنَّ صاحِبَها فى الظّاهِرِ تَرَكَها له باذِلًا إيّاها عِوَضًا عمّا أخَذَه ، فصارَ كالمُبِيحِ له أخْذَها بلِسانِه ، فصارَ كمَن قَهَر إنْسانًا على أخْذِ ثَوْبِه ودَفَع إليه دِرْهَمًا . والثالثُ ، يَرْفَعُها إلى الحاكِمِ ليَبِيعَها ويَدْفَعَ إليه ثَمَنَها عِوَضًا عن مالِه . والوَجْهُ الثانى أقْرَبُ إلى الرِّفْقِ بالنّاسِ ؛ لأنَّ فيه نَفْعًا لمَن سُرِقَتْ ثِيابُه بحُصُولِ عِوَضٍ عنها ، ونَفْعًا للسّارِقِ بالتَّخْفِيفِ عنه مِن الإثْمِ ، وحِفْظًا لهذه الثِّيابِ المَتْرُوكَةِ مِن الضَّياعِ ، وقد أباحَ بعضُ أهْلِ العِلْمِ فى مَن له على إنْسانٍ حَقٌّ مِن دَيْنٍ أو غَصْبٍ ، أن يَأْخُذَ مِن مالِه بقَدْرِ حَقِّه إذا عَجَز عن اسْتِيفائِه بغيرِ ذَلك ، فهٰهُنا مع رِضاءِ مَن عليه الحَقُّ بأخْذِه

الإنصاف ....

(1) فى : المغنى ٣١٩/٨ .

الشرح الكبير

أَوْلَى . وإن كانت ثَمَّ قرينةٌ دالَّةٌ على أنَّ الآخِذَ للثِّيابِ إنَّما أخذَها ظَنًّا منه أنّها ثِيابُه ، مثلَ أن تكونَ المَتْروكَةُ مثلَ المأْخُوذَةِ أو خيرًا منها ، وهى مما تَشْتَبِهُ بها ، فيَنْبَغِى أن يُعَرِّفَها هٰهُنا ؛ لأنَّ صاحِبَها لم يَتْرُكْها عَمْدًا ، فهى بمَنْزِلَةِ الضّائِعَةِ . والظاهِرُ أنَّه إذا عَلِمَ بها أخَذَها ورَدَّ ما كان أخَذَه ، فتَصِيرُ كاللُّقَطَةِ فى المَعْنَى ، وبعدَ التَّعْرِيفِ إذا لم تُعْرَفْ ، ففِيها الأوْجُهُ الثلاثةُ المَذْكُورَةُ ، إلَّا أنَّنا إذا قُلْنا : يَأْخُذُها أو يَبِيعُها الحاكِمُ ويَدْفَعُ إليه ثَمَنَها . فإنَّما يَأْخُذُ بقَدْرِ قِيمَةِ ثِيابِه مِن غيرِ زِيادَةٍ ؛ لأنَّ الزّائِدَ فاضِلٌ عَمّا يَسْتَحِقُّه ، ولم يَرْضَ صاحِبُها بتَرْكِها عِوَضًا عَمّا أخَذَه ، فإنَّه لم يَأْخُذْ غيرَها اخْتِيارًا منه لتَرْكِها ، ولا رَضِىَ بالمُعاوَضَةِ بها . وإذا قُلْنا : إنَّه يَدْفَعُها إلى الحاكِمِ لِيَبِيعَها ويَدْفَعَ إليه ثَمَنَها . فله أن يَشْتَرِيَها عمَّا(1) فى ذِمَّتِه ، ويُسْقِطَ عنه مِن ثَمَنِها ما قابَلَ ثِيابَه ، ويَتَصَدَّقَ بالباقِى .

فصل : نَقَلَ الفَضْلُ بنُ زِيادٍ ، عن أحمدَ ، إذا تَنازَعَ صاحِبُ الدّارِ والسّاكِنُ فى دِفْنٍ فى الدّارِ ، فقال كلٌّ مِنْهُما : أنا دَفَنْتُه . يُبَيِّنُ كلُّ واحدٍ منهما ما الذى دَفَنَ ، فكُلُّ مَن أصابَ الوَصْفَ فهو له . [١٨٦/٥ و] وذلك لأنَّ ما يوجدُ من الدَّفْنِ فى الأرضِ ممّا عليه علامةُ المسلمين ، فهو لُقَطَةٌ ، واللُّقَطَةُ تُسْتَحَقُّ بوصْفِها ، ولأنَّ المُصِيبَ للْوَصْفِ فى الظّاهِرِ هو مَن كان ذلك فى يَدِه ، فكان أحَقَّ به ، كما لو تَنازَعَهُ أجْنَبِيّان ، فوَصَفَه أحَدُهما .

فصل : ومَنْ وَجَد لُقَطَةً فى دارِ الحَرْبِ ، فكان فى جَيْشٍ ، فقال

الإنصاف ....

(1) فى م : « بثمن » .

المقنع

وَهِىَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ ؛ حَيَوانٌ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ ، وَبَيْنَ حِفْظِهِ وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ .

الشرح الكبير

أحمدُ : يُعَرِّفُها سَنَةً فى دارِ الإسْلامِ ، ثم يَطْرَحُها فى المَقْسِمِ . إنَّما عَرَّفَها فى دارِ الإسْلامِ ؛ لأنَّ أمْوالَ أهْلِ الحَرْبِ مُباحَةٌ ، ويجوزُ أن تكونَ لمُسْلِمٍ ، وقد لا يُمْكِنُه المُقَامُ فى دارِ الحَرْبِ لتَعْرِيفِها . ومَعْناه ، واللهُ أعلمُ ، أنَّه يُتِمُّ التَّعْرِيفَ فى دارِ الإسْلامِ ، فأمَّا ابْتِداءُ التَّعْرِيفِ فيكونُ فى[1] الجَيْشِ الذى هو فيه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن تكونَ لأحَدِهِم ، فإذا قَفَل أتَمَّ التَّعْرِيفَ فى دارِ الإسْلامِ . فأمّا إن دَخَل دارَهُم بأمَانٍ ، فيَنْبَغِى أن يُعَرِّفَها فى دارِهِم ؛ لأنَّ أمْوالَهُم مُحَرَّمَةٌ عليه ، فإذا لم تُعْرَفْ مَلَكَها ، كما يَمْلِكُها فى دارِ الإسْلامِ . وإن كان فى الجَيْشِ ، طَرَحَها فى المَقْسِمِ بعدَ التَّعْرِيفِ ؛ لأنَّه وَصَل إليها بقُوَّةِ الجَيْشِ ، فأشْبَهَتْ مُباحاتِ دارِ الحَرْبِ إذا أخَذَ منها شيئًا . فإن دَخَل إليهم مُتَلَصِّصًا فوَجَدَ لُقَطَةً ، عَرَّفَها فى دارِ الإسْلامِ ؛ لأنَّ أمْوالَهُم مُباحَةٌ له ، ثم يكونُ حُكْمُها حُكْمَ غَنِيمَتِه . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ غَنِيمةً له لا تَحْتاجُ إلى تَعْرِيفٍ ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّها مِن[1] أمْوالِهِم ، وأمْوالُهُم غَنِيمَةٌ ، واللهُ أعْلَمُ .

٢٥٠٥ – مسألة : (وهى على ثَلاثَةِ أضْرُبٍ ؛ حيوانٌ ، فيُخَيَّرُ بين أكْلِه) فى الحالِ (وعليه قِيمَتُه ، وبينَ بَيْعِه وحِفْظِ ثَمَنِه ، وبينَ تَرْكِه

الإنصاف

قوله : وهى على ثَلاثَةِ أضْرُبٍ ؛ أحَدُها ، حَيَوانٌ ، فيُخَيَّرُ بينَ أكْلِه وعليهِ

---

(١) سقط من : م .

المقنع وَهَلْ يَرْجِعُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير والإنْفاقِ عليه مِن مالِه . وهل يَرْجِعُ) به ؟ (على وَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مُلْتَقِطَ الشّاةِ وما كان مِثْلَها ممَّا يُباحُ أكْلُه ، يتَخيَّرُ مُلْتَقِطُها بين ثلاثةِ أشياءَ ؛ أحدُها ، أكْلُها فى الحالِ . وبه قال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وغيرُهم . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعُوا على أنَّ ضالَّةَ الغَنَمِ فى المَوْضِعِ المَخُوفِ عليها ، له أكْلُها ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « هِىَ لَكَ أوْ لِأَخِيكَ أوْ لِلذِّئْبِ » . جَعَلَها له فى الحالِ ، وسَوَّى بينَه وبينَ الذِّئْبِ ، والذِّئْبُ لا يُؤَخِّرُ أكْلَها ، ولأنَّ فى أكْلِها فى الحالِ إغْناءً عن الإنْفاقِ عليها ، وحِراسَةً لمالِيَّتِها على صاحِبِها إذا جاء ، فإنَّه يَأْخُذُ قِيمَتَها بكَمالِها ، وفى إبْقائِها تَضْيِيعٌ للمالِ بالإنْفاقِ عليها والغَرَامَةِ فى عَلْفِها ، فكان أكْلُها أوْلَى . وإذا أرادَ أكْلَها حَفِظَ صِفَتَها ، فمتى جاء صاحِبُها غَرِمَها له ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ . [٥/١٨٦ ظ] وقال مالكٌ : كُلْها ولا غُرْمَ عليك لصاحِبِها ولا تَعْرِيفَ لها ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « هِىَ لَكَ » . ولم يُوجِبْ فيها تَعْرِيفًا ولا غُرْمًا ، ولأنَّه سَوَّى بينَه وبينَ الذِّئْبِ ، والذِّئْبُ لا يُعَرِّفُ ولا يَغْرَمُ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : لم يُوافِقْ مالِكًا أحَدٌ مِن العُلَماءِ على قولِه . وقولُ النبىِّ

الإنصاف قِيمَتُه ، وبينَ بَيْعِه وحِفْظِ ثَمَنِه ، وبينَ حِفْظِه والإنْفاقِ عليه مِن مالِه . قال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ : لم يذْكُرْ أصحابُنا له تَعْرِيفًا . ومُرادُه ، إذا اسْتَوَتِ الثَّلاثَةُ عندَه ، أمَّا إذا كان أحدُها أحَظَّ ، فإنَّه يلْزَمُه فِعْلُه . قال فى « الفُروعِ » : ويفْعَلُ الأحَظَّ لمالِكِه . قال الحارِثِىُّ : وفى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » فى بابِ الوَدِيعَةِ ، أنَّ كلَّ مَوْضِعٍ وجَبَ عليه نَفَقَةُ الحَيَوانِ ، فحُكْمُه حُكْمُ الحاكمِ ؛ إنْ

الشرح الكبير

ﷺ في حديثِ عبدِ اللهِ بن عَمْرٍو : « رُدَّ عَلَى أخِيكَ ضَالَّتَهُ »[1] . دَلِيلٌ على أنَّ الشّاةَ على مِلْكِ صاحِبِها . ولأنَّها لُقَطَةٌ لها قِيمَةٌ ، وتَتْبَعُها النَّفْسُ ، فتَجِبُ غَرامَتُها لصاحِبِها إذا جاء ، كغيرِها ، ولأنَّها مِلْكٌ لصاحِبِها ، فلم يَجُزْ تَمَلُّكُها عليه بغيرِ عِوَضٍ مِن غيرِ رِضاه ، كما لو كانت بينَ البُنْيانِ ، ولأنَّها عَيْنٌ يَجِبُ رَدُّها مع بَقائِها ، فوَجَبَ غُرْمُها إذا أتْلَفَها ، كلُقَطَةِ الذَّهَبِ . وكونُ النبيِّ ﷺ قال : « هِيَ لَكَ » لا يَمْنَعُ وُجُوبَ غَرامَتِها ، فإنَّه قد أذِنَ في لُقَطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ بعدَ تَعْرِيفِها ، في أكْلِها وإنْفاقِها ، وقال : « هِيَ كَسَائِرِ مَالِكَ »[2] . ثم أجْمَعْنا على وُجُوبِ غَرامَتِها ، كذلك الشّاةُ . ولا فَرْقَ في إباحةِ أكْلِها بينَ وِجْدانِها في الصَّحْراءِ أو في المِصْرِ . وقال مالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصحابُ الشافعيِّ : ليس له أكْلُها في المِصْرِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ بَيْعُها ، بخِلافِ الصَّحْراءِ . ولَنا ، أنَّ ما جازَ أكْلُه في الصَّحْراءِ جازَ في المِصْرِ ، كسائِرِ المأْكُولاتِ ، ولأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « هِيَ لَكَ » . ولم يَسْتَفْصِلْ ، ولأنَّ أكْلَها مُعَلَّلٌ بما ذَكَرْنا

الإنصاف

رأى مِنَ المَصْلَحَةِ بَيْعَها وحِفْظَ ثَمَنِها ، أو بَيْعَ البَعضِ في مُؤْنَةِ ما بَقِيَ ، أو أنْ يَسْتَقْرِضَ على المالِكِ ، أو يُؤْجِرَ في المُؤْنَةِ ، فعَل . انتهى . وقال في « التَّرْغيبِ » : لا يبيعُ بعضَ الحَيوانِ . وأفْتَى أبو الخَطَّابِ ، وابنُ الزَّاغُونِيِّ بأكْلِه بمَضْيَعَةٍ بشَرْطِ ضَمانِه ، وإلَّا لم يجُزْ تَعْجيلُ ذَبْحِه ؛ لأنَّه يُطْلَبُ . وقال أبو الحُسَيْنِ ، وابنُ عَقِيلٍ

---

(١) أخرجه الطحاوى . شرح معانى الآثار ٤/١٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ . ولفظ : « هى كسائر مالك » ليست فى مصادر التخريج إلا عند ابن ماجه « فهى كسبيل مالك » .

الشرح الكبير

مِن الاسْتِغْناءِ عن الإِنْفاقِ عليها ، وهذا فى المِصْرِ أشَدُّ منه فى الصَّحْراءِ . الثانى ، تَرْكُها والإِنْفاقُ عليها مِن مالِه ، ولا يَتَمَلَّكُها ، فإن تَرَكَها و لم يُنْفِقْ عليها ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه فَرَّطَ فيها . وإن أنْفَقَ عليها مُتَبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ على صاحِبِها ، فإن أنْفَقَ بنيَّةِ الرُّجُوعِ على صاحِبِها ، وأشْهَدَ على ذلك ، رَجَع عليه بما أنفَقَ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ ،

الإنصاف

فى « الفُصولِ » ، وابنُ بَكْروسٍ : لا يَتَصَرَّفُ قبلَ الحَوْلِ فى شاةٍ ونحوِها بأَكْلٍ ولا غيرِه ، رِوايَةً واحِدَةً ، ونحوُه قَوْلُ أبِى بَكْرٍ ، قال فى « زادِ المُسافِرِ » : وضالَّةُ الغَنَمِ إذا أخَذَها يُعَرِّفُها سَنةً ، وهو الواجِبُ ، فإذا مَضَتِ السَّنَةُ ، ولم يعْرِفْ صاحِبَها ، كانتْ له مِثْلَ ما التَقَطَ مِن غيرِها . قال الحارِثِىُّ : وقد قالَ الشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ : لا تُمْلَكُ الشَّاةُ قبلَ الحَوْلِ ، رِوايَةً واحِدَةً . وكذا حكَى السَّامَرِّىُّ ، قال : إنْ كانتِ اللُّقَطَةُ حَيَوانًا ، يجوزُ أخْذُه كالغَنَمِ ، وما حُكْمُه حُكْمُها ، لم يمْلِكْها قبلَ الحَوْلِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ الحَيَوانَ يُعَرَّفُ كغيرِه ، وهو مُقْتَضَى كلامِ صاحِبِ « التَّلْخيصِ » ، وأبِى البَرَكاتِ [٢/٢٣٠ و] ، وغيرِهما . قال الحارِثِىُّ : وهذا يَنْفِى اخْتِيارَ الأَكْلِ ؛ لأنَّه تَمَلُّكٌ عاجِلٌ . قال[1] : وهذا ، أعْنِى الحِفْظَ مِن غيرِ تَخْيِيرٍ ، هو الصَّحيحُ ، وكان قال قبلَ ذلك : أوْلَى الأُمُورِ ، الحِفْظُ مع الإِنْفاقِ ، ثم البَيْعُ وحِفْظُ ثَمَنِه[2] ، ثم الأَكْلُ وغُرْمُ القِيمَةِ . انتهى . وقال ناظِمُ المُفْرَداتِ :

والشَّاةُ فى الحالِ ولو فى المِصْرِ ... تُمْلَكُ بالضَّمانِ إنْ لم يُبْرِى

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

فى طيرَةٍ أفْرَخَتْ عندَ قَوْمٍ ، فقَضَى أنَّ الفِراخَ لصاحِبِ الطيرَةِ ، ويَرْجِعُ بالعَلَفِ إذا لم يَكُنْ مُتطَوِّعًا . وقَضَى عمرُ بنُ عبدِ العَزيزِ فى مَن وَجَد ضالَّةً فأنْفَقَ عليها ، فجاء رَبُّها ، فإنَّه يَغْرَمُ له ما أنْفَقَ ؛ وذلك أنَّه أنفَقَ على اللُّقطةِ لحِفْظِها ، فكان مِن مالِ صاحِبِها ، كمُؤْنَةِ تَجْفِيفِ الرُّطَبِ والعِنَبِ . والثّانيةُ ، لا يَرْجِعُ بشىءٍ . [١٨٧/٥ و] وهو قولُ الشَّعْبِىِّ ، والشافعىِّ ، و لم يُعْجِبِ الشَّعْبِىَّ قَضاءُ عُمَرَ بنِ عبدِ العَزيزِ ؛ لأنَّه أنفَقَ على مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَرْجِعْ به ، كما لو بَنَى دارَه ، ويُفارِقُ العِنَبَ والرُّطَبَ ، فإنَّه قد يَكونُ تَجْفِيفُه والإِنْفاقُ عليه أحَظَّ لصاحِبِه ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ عليه لا تَتَكَرَّرُ ، والحَيَوانُ يَتَكَرَّرُ الإِنْفاقُ عليه ، فرُبَّما اسْتَغْرَقَ ثَمَنَه ، فكان بَيْعُه وأكْلُه أحَظَّ ، فلذلك لم يَرْجِعِ المُنْفِقُ عليها بما أنْفَقَ . الثالثُ ، بَيْعُها وحِفْظُ ثَمَنِها لصاحِبِها ، وله أن يَتَوَلَّى ذلك بنَفْسِه . وقال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ :

الإنصاف

قوله : وهل يرْجِعُ بذلك ؟ على وَجْهَيْن . وهما رِوايَتان فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ »، و « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، وغيرِهم . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الزَّرْكَشِىِّ »؛ أحدُهما ، يرْجِعُ إذا نوَى الرُّجوعَ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وصَحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . قال الحارِثِىُّ : والأصَحُّ الرُّجوعُ . والرُّجوعُ هو المَنْصوصُ فى الآبِقِ ، والآبِقُ مِن نحوِ الضَّالَّةِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الإِرْشادِ » . قال أبو بَكْرٍ : يرْجِعُ مع تَرْكِ التَّعَدِّى ، فإنْ تعَدَّى ، لم يُحْسَبْ له . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يرْجِعُ . قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والسَّبْعِين » : إنْ كانتِ النَّفقَةُ بإذْنِ حاكِمٍ ، رجَع ، وإنْ لم تكُنْ بإذْنِه ، ففيه الرِّوايَتان . يعْنِى اللَّتَيْن فى مَن أدَّى حَقًّا واجِبًا عن

الشرح الكبير يَبِيعُها بإذْنِ الإمامِ . ولَنا ، أنَّه إذا جاز له أكْلُها مِن غيرِ إذْنٍ فبَيْعُها أوْلَى . و لم يَذْكُرْ أصحابُنا لها تَعْرِيفًا فى هذه المواضِعِ . وهو قولُ مالكٍ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِىَ لَكَ أوْ لِأَخِيكَ أوْ لِلذِّئْبِ » . و لم يَأْمُرْ بتَعْرِيفِها ، كما أمَرَ فى لُقَطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ . ولَنا ، أنَّها لُقَطَةٌ لها خَطَرٌ ، فوَجَبَ تَعْرِيفُها ، كالمَطْعُومِ الكَثِيرِ ، وإنَّما تَرَك ذِكْرَ تَعْرِيفِها ؛ لأنَّه ذَكَرَها بعدَ بَيانِ التَّعْرِيفِ فيما سِواها ، فَاسْتَغْنَى بذلك عن ذِكْرِه فيها ، ولا يَلْزَمُ مِن جَوازِ التَّصَرُّفِ فيها فى الحَوْلِ سُقُوطُ تَعْرِيفِها ، كالمَطْعُومِ ، وإذا أرادَ بَيْعَها أو أكْلَها ، لَزِمَه حِفْظُ صِفَتِها ؛ لحَدِيثِ زَيْدِ بن خالدٍ ، وسَنَذْكُرُه إن شاء اللهُ .

فصل : وإذا أكَلَها ثَبَتَتْ قِيمَتُها فى ذِمَّتِه ، ولا يَلْزَمُه عَزْلُها ؛ لعَدَمِ الفائِدَةِ فيه ، فإنَّها لا تُنْقَلُ مِن الذِّمَّةِ إلى المالِ المَعْزُولِ . ولو عَزَل شَيْئًا ثم أفْلَسَ ، كان صاحِبُ اللُّقَطَةِ أُسْوَةَ الغُرَماءِ ، و لم يَخْتَصَّ بالمالِ المَعْزُولِ . فأمَّا إن باعَهَا وحَفِظَ ثَمَنَها ، وجاء صاحِبُها ، أخَذَه ، و لم يُشارِكْه فيه أحَدٌ مِن الغُرَماءِ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، ولا شيءَ للمُفْلِسِ فيه ، فهو كالوَدِيعَةِ .

الإنصاف غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ونوَى الرُّجوعَ ، والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ الرُّجوعُ ، على ما تقدَّم فى بابِ الضَّمانِ ، فكذا هنا . قال ابنُ رَجَبٍ : ومنهم مَن رجَّحَ هنا عدَمَ الرُّجوعِ ؛ لأنَّ حِفْظَها لم يَكُنْ مُتَعَيِّنًا ، بل كان مُخَيَّرًا بينَه وبينَ بَيْعِها وحِفْظِ ثَمَنِها . وذكَر ابنُ أبِى مُوسى ، أنَّ المُلْتَقِطَ إذا أنْفَقَ غيرَ مُتَطَوِّعٍ بالنَّفَقَةِ ، فله الرُّجوعُ بها ، وإنْ كان مُحْتَسِبًا ، ففى الرُّجوعِ رِوايَتان . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : إنْ كان بإذْنِ

المقنع

الثَّانِي ، مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ إِلَّا أَنْ يُمْكِنَ

الشرح الكبير

٢٥٠٦ – مسألة : (الثانى ، ما يُخْشَى فسادُه ، فيُخَيَّرُ بين بَيْعِه وأكْلِه) إن كان ممّا لا يُمْكِنُ تَجْفِيفُه ؛ كالفاكِهَةِ التى لا تُجَفَّفُ ، والطَّبِيخِ ، والبِطِّيخِ ، والخَضْراواتِ ، فهو مُخَيَّرٌ بينَ أكْلِه ، وبَيْعِه وحِفْظِ ثَمَنِه ، ولا يجوزُ إبْقاؤُه ؛ لأنَّه يَتْلَفُ . فإن تركَه حتى تَلِفَ ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه فَرَّطَ فى حِفْظِه ، فهو كالوَدِيعَةِ . فإن أكَلَه ثَبَتتِ القِيمَةُ فى ذِمَّتِه ، على ما ذَكَرْنا فى الشّاةِ . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعيِّ . وله أن يَتَوَلَّى بَيْعَه بنَفْسِه . وقال أصحابُ الشافعيِّ : [٥/١٨٧ ظ] ليس له بَيْعُه إلَّا بإذْنِ الحاكِمِ ، فإن عَجَز عنه ، جاز البَيْعُ بنَفْسِه ؛ لأنَّه حالُ ضَرُورَةٍ ، فأمّا مع القُدْرَةِ على اسْتِئْذانِه فلا يجوزُ مِن غيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه مالٌ مَعْصُومٌ لا وِلايَةَ عليه ، فلم يَجُزْ لغيرِ الحاكِمِ بَيْعُه ، كغيرِ المُلْتَقَطِ . ولَنا ، أنَّه مالٌ أُبِيحَ للمُلْتَقِطِ أكْلُه ، فأُبِيحَ له بَيْعُه ، كمالِه . ومتى أرادَ بَيْعَه أو أكْلَه ، حَفِظَ صِفاتِه ، ثم

الإنصاف

حاكِمٍ ، فله الرُّجُوعُ ، وإنْ أنْفَقَ بغيرِ إذْنِه ، و لم يُشْهِدْ بالرُّجوعِ ، فهو مُتَطَوِّعٌ ، وإنْ أنْفَقَ مُحْتَسِبًا بها ، وأشْهَدَ على ذلك ، فهل يمْلِكُ الرُّجوعَ ؟ على رِوايتَيْن .

قوله : الثَّانِى ، ما يُخْشَى فسادُه ، فيُخَيَّرُ بينَ بَيْعِه وأكْلِه . يعْنِى ، إذا اسْتَوَيا ، وإلَّا فعَل الأحَظَّ ، كما تقدَّم . قال فى « الفُروعِ » : وله أكْلُ الحَيَوانِ ، وما يُخْشَى فَسادُه بقِيمَتِه . قالَه أصحابُنا . وقال فى « المُغْنِى »[1] : يقْتَضِى قوْلُ أصحابِنا : إنَّ العُروضَ لا تُمْلَكُ . أنَّه[2] لا يأْكُلُ ، ولكِنْ يُخَيَّرُ بينَ الصَّدَقَةِ وبينَ بَيْعِه .

(١) المغنى ٣٤٢/٨ .

(٢) فى ط : « لأنه » .

المقنع تَجْفِيفُهُ ؛ كَالْعِنَبِ ، فَيَفْعَلَ مَا يَرَى الْحَظَّ فِيهِ لِمَالِكِهِ .

الشرح الكبير عَرَّفه عامًا ، على ما نَذْكُرُه . فإن تَلِفَ الثَّمَنُ قبل تَمَلُّكِه مِن غيرِ تَفْرِيطٍ أو نَقْصٍ ، أو تَلِفتِ العَيْنُ أو نَقَصتْ مِن غيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه . وإن تَلِفَ أو نَقَصَ بتَفرِيطِه ، أو تَلِفتِ اللُّقَطَةُ بتَفْرِيطِه ، فعليه ضَمانُه ، وكذلك إن تَلِفَ بعد تَمَلُّكِه أو نَقَصَ . وإن كان ممّا (يُمْكِنُ تَجْفِيفُه ؛

الإنصاف وذكَر نصًّا يدُلُّ على ذلك . انتهى . قال الحارِثِيُّ : ما لا يبْقَى ، قال المُصَنِّفُ فيه ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : يتَخَيَّرُ بينَ بَيْعِه وأكْلِه . كذا أوْرَدُوا مُطْلَقًا . وقيَّد أبو الخَطَّابِ بما بعدَ التَّعْريفِ ؛ فإنه قال : عرَّفَه بقَدْرِ ما يَخافُ فَسادَه ، ثم هو بالخِيارِ . قال : وقوْلُه : بقَدْرِ ما يخافُ فَسادَه . وَهْمٌ ، وإنَّما هو بقَدْرِ ما لا يخافُ . قلتُ : وتابَع أبا الخَطَّابِ على هذه العِبارَةِ فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وجماعةٌ . ومشَى على الصَّوابِ فى « الخُلاصةِ » ، فقال : عرَّفَه ، ما لم يخْشَ فَسادَه . قال الحارِثِيُّ : والمذهبُ الإبْقاءُ ، ما لم يفْسُدْ مِن غيرِ تَخْيِيرٍ ، على ما مَرَّ نصُّه فى الشَّاةِ . وهو الصَّحيحُ ، فإذا دَنا الفَسادُ ، فرِوايَتان ؛ إحْداهما ، التَّصَدُّقُ بعَيْنِه مَضْمُونًا عليه . والثَّانيةُ ، البَيْعُ وحِفظُ الثَّمَنِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما الحارِثِيُّ . وقال ابنُ أبى موسى : يتَصَدَّقُ بالثَّمَنِ . انتهى . ومع تَعذُّرِ البَيْعِ أو الصَّدَقَةِ يجوزُ له أكْلُه ، وعليه القِيمَةُ .

تنبيه : حيثُ قُلْنا : يُباعُ . فإنَّ البائعَ المُلْتَقِطُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ سواءٌ كان يسيرًا أو كثيرًا ؛ تَعذَّرَ الحاكِمُ أوْ لا . وعنه ، يبِيعُ اليَسِيرَ ، ويَرْفَعُ الكثِيرَ إلى الحاكِمِ . وعنه ، يبيعُه كُلَّه إنْ فقدَ الحاكِمَ ، وإلَّا رفعَه إليه .

فائدة : لو ترَكَه حتى تَلِفَ ، ضَمِنَه .

قوله : إلَّا أنْ يُمْكِنَ تَجْفِيفُه ، كالعِنَبِ ، فيفْعَلَ ما يرَى فيه الحَظَّ لمالِكِه . أىْ مِنَ

المقنع

وَغَرَامَةُ التَّجْفِيفِ مِنْهُ . وَعَنْهُ ، يَبِيعُ الْيَسِيرَ ، وَيَدْفَعُ الْكَثِيرَ إِلَى الْحَاكِمِ .

الشرح الكبير

كالعِنَبِ) والرُّطَبِ ، فيَنْظُرُ ما فيه الحَظُّ لمالِكِه ، فإن كان فى التَّجْفِيفِ فعَلَه ، و لم يَكُنْ له إلَّا ذلك ؛ لأنه مالُ غيرِه ، فلَزِمَه فعلُ[1] ما فيه الحَظُّ لصاحِبِه ، كوَلِيِّ اليَتيمِ .

٢٥٠٧ – مسألة : (وغَرامَةُ التَّجْفِيفِ منه) وله بَيْعُ بعضِه فى ذلك ؛ لأنه مَوْضِعُ حاجَةٍ . فإن أنْفَقَ مِن مالِه رَجَع به ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ هٰهُنا لا تُكَرَّرُ ، بخِلافِ نَفَقَةِ الحَيَوانِ ، فإنَّها تُكَرَّرُ ، فرُبَّما اسْتَوْعَبَتْ قِيمَتَه ، فلا يكونُ لصاحِبِها حَظٌّ فى إمْساكِها إلَّا بإسْقاطِ النَّفَقَةِ . وإن كان الحَظُّ فى بَيْعِه باعَهُ وحَفِظَ ثَمَنَه ، كالطَّعامِ الرَّطْبِ . فإن تَعَذَّرَ بَيْعُه ، و لم يُمْكِنْ تَجْفِيفُه ، تَعَيَّنَ أكْلُه ، كالبِطِّيخِ[2] . وإن كان أكْلُه أنْفَعَ لصاحِبِه ، فله أكْلُه أيضًا .

الإنصاف

التَّجْفيفِ والبَيْعِ والأَكْلِ . وصرَّح به المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » . و لم يجْعَلْ له القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والسَّامَرِّىُّ الأَكْلَ ؛ لأنَّه يمْلِكُ قبلَ انْقِضاءِ التَّعْريفِ فيما يبْقَى ، وهو خِلافُ الأصْلِ . واقْتَصَروا على الأحَظِّ ؛ مِنَ التَّجْفيفِ والبَيْعِ . قال الحارِثِىُّ : وهو الأقْوَى . وقال : وظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، مِن رِوايَةِ مُهَنَّا ، وإسْحاقَ ، التَّسْوِيَةُ بينَ هذا النَّوْعِ والذى قبلَه . وكذا كلامُ ابنِ أبِى مُوسى ، قال : فيجْرِى فيه[3] ما مَرَّ مِنَ الخِلافِ . انتهى .

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « كالطبيخ » .
(٣) فى ط : « منه » .

المقنع

الثَّالِثُ ، سَائِرُ الْمَالِ ، فَيلْزَمُهُ حِفْظُهُ ، وَيُعَرِّفُ الْجَمِيعَ بِالنِّدَاءِ عَلَيْهِ فِي مَجَامِعِ النَّاسِ ؛ كَالْأَسْوَاقِ وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ فِي أَوْقَاتِ

الشرح الكبير

قال شيخُنا[1] : ويَقْتَضِى قولُ أصحابِنا : إنَّ العُرُوضَ لا تُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ. وأنَّ[2] هذا كُلَّه لا يجوزُ له أكْلُه ، لكن يُخَيَّرُ بين الصَّدَقَةِ به وبينَ بَيْعِه ، وقد قال أحمدُ فى مَن وَجَد فى مَنْزِلِه طَعامًا لا يَعْرِفُه : يُعَرِّفُه ما لم يَخْشَ فَسادَه ، فإن خَشِىَ فَسادَه ، تَصَدَّقَ به ، فإن جاء صاحِبُه غَرِمَه . وكذلك قال مالكٌ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، فى لُقَطَةِ ما لا يَبْقَى سَنَةً : يَتَصَدَّقُ به . وقال الثَّوْرِىُّ : يَبِيعُه ويَتَصَدَّقُ بثَمَنِه . ولَنا على جَوازِ أكْلِه ، قَوْلُ النبىِّ ﷺ فى ضَالَّةِ الغَنَمِ : « خُذْهَا ، فإنَّما هِىَ لَكَ أوْ لِأَخِيكَ أوْ لِلذِّئْبِ » . وهذا تَجْوِيزٌ للأكْلِ . فإذا جاز أكْلُ ما هو مَحْفُوظٌ بنَفْسِه ، ففيما[3] يَفْسُدُ بِبَقائِه أوْلَى . وعن أحمدَ ، أنَّه (يَبِيعُ اليَسِيرَ ، ويَدْفَعُ الكَثِيرَ إلى الحاكِمِ) لأنَّ الكَثِيرَ مالٌ لغيرِه ، لم يَأْذَنْ له فى بَيْعِه ، فيكونُ أمْرُه إلى الحاكِمِ . وأمّا [١٨٨/٥ و] اليَسِيرُ فتَدْخُلُه المُسامَحَةُ ، ويَشُقُّ رَفْعُه إلى السُّلْطانِ ، ورُبَّما تَضِيعُ عندَ السُّلْطانِ .

٢٥٠٨ – مسألة : (الثّالثُ ، سائِرُ المالِ ، فيَلْزَمُه حِفْظُه ، ويُعَرِّفُ الجَمِيعَ بالنِّداءِ عليه فى مَجامِعِ النّاسِ ؛ كالأسْواقِ ، وأبوابِ المَساجِدِ

الإنصاف

قوله : ويُعَرِّفُ الجَمِيعَ – يعْنِى وُجوبًا – بالنِّداءِ عليه فى مَجامِعِ النَّاسِ ؛ كالأسْواقِ ، وأبوابِ المَساجِدِ فى أوْقاتِ الصَّلَواتِ ، حَوْلًا كامِلًا : مَن ضاعَ منه

---

(١) فى : المغنى ٣٤٢/٨ .
(٢) فى النسخ : « وأن » . وانظر ما يأتى فى صفحة ٢٤٠ .
(٣) فى م : « فما » .

المقنع

الصَّلَوَاتِ ، حَوْلًا كَامِلًا : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ شَىْءٌ [١٥٠و] أَوْ نَفَقَةٌ . وَأُجْرَةُ الْمُنَادِى عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَا لَا يُمْلَكُ بِالتَّعْرِيفِ ، وَمَا يُقْصَدُ حِفْظُهُ لِمَالِكِهِ ، يَرْجِعُ بِالْأُجْرَةِ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

فى أوْقاتِ الصَّلَواتِ ، حَوْلًا كامِلًا ، مَن ضاع منه شىءٌ أو نَفَقَةٌ . وأُجْرَةُ المُنادِى عليه . وقال أبو الخَطَّابِ : ما لا يُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ ، وما يُقْصَدُ حِفْظُه لمالِكِه ، رَجَع بالأجْرِ عليه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ فى التَّعْرِيفِ فُصُولًا سِتَّةً : فى وُجُوبِه ، وقَدْرِه ، وزَمانِه ، ومَكَانِه ، ومَن يَتَوَلَّاه ، وكَيْفِيَّته . أمّا وُجُوبُه ، فهو واجِبٌ على كُلِّ مُلْتَقِطٍ ، سواءٌ أرادَ تَمَلُّكَها أو حِفْظَها لصاحِبِها ، إلَّا فى اليَسِيرِ الذى لا تَتْبَعُه النَّفْسُ ، وقد ذَكَرْناه . وقال الشافعىُّ : لا يَجِبُ على مَن أرادَ حِفْظَها لصاحِبِها . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ أمَر به زَيْدَ بنَ خالِدٍ ، وأُبَىَّ بنَ كَعْبٍ[(١)] ، ولم يُفرِّقْ ؛ ولأنَّ حِفْظَها

الإنصاف

شىءٌ أوْ نَفَقَةٌ . وهذا بلا نِزاعٍ فى الجُملَةِ . ووَقْتُ التَّعْريفِ النَّهارُ ، ويكونُ فى الأُسْبوعِ الأوَّلِ ، فى كُلِّ يَوْمٍ . قال فى « التَّرْغيبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهم : ثم مرَّةً فى كُلِّ أُسْبوعٍ مِن شَهْرٍ ، ثم مَرَّةً فى كلِّ شَهْرٍ . وقيل : على العادَةِ بالنِّداءِ . وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . قلتُ : وهو

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب وإذا أخبر رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع ... من كتاب اللقطة . صحيح البخارى ٣/١٦٢ ، ١٦٦ . ومسلم ، فى : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ٣/١٣٥٠ ، ١٣٥١ . وأبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

الشرح الكبير

لصاحِبِها إنَّما فائِدَتُه إيصالُها إليه ، وطَرِيقُه التَّعْرِيفُ ، أمّا بَقاؤُها فى يَدِ المُلْتَقِطِ مِن غيرِ وُصُولِها إلى صاحِبِها ، فهو وَهَلاكُها سِيّانِ ، ولأنَّ إمْساكَها مِن غيرِ تَعْرِيفٍ تَضْيِيعٌ لها عن صاحِبِها ، فلم يَجُزْ ، كَرَدِّها إلى مَوْضِعِها ، أو إلْقائِها فى غيرِه ، ولأنَّه لو لم يَجِبِ التَّعْرِيفُ ، لَمَا جازَ الالْتِقاطُ ؛ لأنَّ بَقاءَها فى مَكانِها إذًا أقْرَبُ إلى وُصُولِها إلى صاحِبِها ؛ إمّا بأن يَطْلُبَها فى المَوْضِعِ الذى ضاعَتْ منه فيَجِدَها ، وإمّا بأنْ يَأْخُذَها مَن يَعْرِفُها ، وأخْذُ هذا لها يُفَوِّتُ الأمْرَيْن ، فيَحْرُمُ ، فلمّا جاز الالْتِقاطُ لَزِمَ وُجُوبُ التَّعْرِيفِ ، كَيْلا يَحْصُلَ هذا الضَّرَرُ ، ولأنَّ التَّعْرِيفَ واجبٌ على مَن أرادَ تَمَلُّكَها ، وكذلك على[1] مَن أرادَ حِفْظَها ، فإنَّ التَّمَلُّكَ غيرُ واجِبٍ ، فلا تَجِبُ الوَسِيلَةُ إليه ، فيَلْزَمُ أن يكونَ الوُجُوبُ فى المَحَلِّ المُتَّفَقِ عليه ؛ لصِيَانَتِها عن الضَّيَاعِ عن صاحِبِها ، وهذا مَوْجُودٌ فى مَحَلِّ النِّزَاعِ .

الفصل الثانى ، فى قَدْرِ التَّعْرِيفِ ، وذلك سَنَةٌ . رُوِىَ ذلك عن عُمَرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ عَبَّاسٍ . وبه قال سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِىُّ ، ومالِكٌ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن عُمَرَ رِوايَةٌ أُخْرى : يُعَرِّفُها ثلاثةَ أشْهُرٍ . وعنه ثلاثةَ أعْوامٍ ؛ لأنَّ أُبَىَّ بنَ كَعْبٍ رَوَى أنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَه

الإنصاف

الصَّوابُ ، ويكونُ ذلك على الفَوْرِ . وقيل : يُعَرِّفُها بقُرْبِ الصَّحْراءِ ، إذا وجَدَها فيها . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : قلتُ : فى أقْرَبِ البُلْدانِ منه .

تنبيه : شَمِلَ قوْلُه : ويُعَرِّفُ الجميعَ . الحَيَوانَ وغيرَه . وهو أحدُ القَوْلَيْن .

---

(1) سقط من : م .

الشرح الكبير

بتَعْرِيفِ مائةِ الدِّينارِ ثلاثةَ أعوامٍ . وقال أبو أيُّوبَ الهاشِمِيُّ[1] : ما دُونَ الخَمْسِينَ دِرْهمًا يُعَرِّفُها ثلاثةَ أيّامٍ إلى سَبْعةِ أيّامٍ . وقال الحَسَنُ بنُ صالحٍ : ما [٥/١٨٨ ظ] دُونَ عَشَرَةِ دَراهِمَ يُعَرِّفُها ثلاثةَ أيّامٍ . وقال الثَّورِىُّ فى الدِّرْهَمِ : يُعَرِّفُه أرْبعةَ أيامٍ . وقال إسحٰقُ : ما دُونَ الدِّينارِ يُعَرِّفُه جُمُعةً أو نحوَها . وروَى أبو إسحٰقَ الجُوزْجانِىُّ ، بإسْنادِه ، عن يَعْلَى بنِ أُميَّةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنِ الْتَقَطَ دِرْهَمًا أو حَبْلًا ، أو شِبْهَ ذَلِكَ ، فَلْيُعَرِّفْهُ ثَلاثةَ أيّامٍ ، فَإنْ كَانَ فَوْقَ ذَلِكَ ، فَلْيُعَرِّفْه سَبْعةَ أيّامٍ »[2] . ولَنا ، حَدِيثُ زَيْدِ بنِ خالدٍ الصَّحِيحُ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَه بعَامٍ واحدٍ ، ولأنَّ السَّنَةَ لا تَتأخَّرُ عنها القَوافِلُ ، ويَمْضِى فيها الزَّمانُ الذى تُقْصَدُ فيه البِلادُ مِن الحَرِّ والبَرْدِ والاعْتِدالِ ، فصَلُحَتْ قَدْرًا ، كمُدَّةِ أجَلِ العِنِّينِ[3] . فأمّا حديثُ أُبَىٍّ ، فقد قال الرّاوِى : لا أدْرِى ثَلاثةَ أعوامٍ ، أو عامًا واحِدًا . قال أبو داوُدَ : شَكَّ الرّاوِى فى ذلك . وحَدِيثُ يَعْلَى لم يَقُلْ به قائِلٌ على وَجْهِه ، وحَدِيثُ زَيْدِ بن خالدٍ وأُبَىٍّ أصَحُّ منه وأوْلَى . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه يَجِبُ أن تكونَ هذه السَّنَةُ تِلِى الالْتِقاطَ ، وتكونُ مُتَوالِيةً ؛

الإنصاف

وتقدَّم أنَّ أبا بَكْرٍ ، وأبا الحُسَيْنِ ، وابنَ عَقِيلٍ ، وابنَ بَكْروسٍ ، والشَّرِيفَيْن ، وغيرَهم قالوا : لا يَتصَرَّفُ فى شاةٍ ولا فى غيرِها [٢/٢٣٠ظ] قبلَ الحَوْلِ ، رِوايَةً

(١) سليمان بن داود بن داود بن على بن عبد الله بن عباس الهاشمى ، أبو أيوب ، قال عنه أحمد بن حنبل : لو قيل لى : اختر للأمة رجلا ، اخترته . توفى سنة تسع عشرة ومائتين : تهذيب التهذيب ١٨٧/٤ ، ١٨٨ .

(٢)انظر : ماأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١٧٣/٤ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ . والهيثمى ، فى : باب اللقطة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ١٦٩/٤ .

(٣) العِنِّين : هو من لا يأتى النساء عجزًا ، أو لا يريدهن .

الشرح الكبير

لأنَّ النبيَّ ﷺ أمر بتَعْرِيفِها حين سُئِلَ عنها ، والأَمْرُ يَقْتَضِى الفَوْرَ ، ولأنَّ القَصْدَ بالتَّعْرِيفِ وُصولُ الخَبَرِ إلى صاحِبِها ، وذلك يَحْصُلُ بالتَّعْرِيفِ عَقِيبَ ضَياعِها مُتَوالِيًا ؛ لأنَّ صاحِبَها فى الغالِبِ إنَّما يَطْلُبُها عَقِيبَ ضَياعِها ، فيَجِبُ تَخْصِيصُ التَّعْرِيفِ به .

الفصل الثالث ، فى زَمانِه ، وهو النَّهارُ دُونَ اللَّيْلِ ؛ لأنَّ النَّهارَ مَجْمَعُ الناسِ ومُلْتَقاهُم ، بخِلافِ اللَّيْلِ ، ويكونُ ذلك فى اليَوْمِ الذى وَجَدها والأُسْبُوعِ ؛ لأنَّ الطَّلَبَ فيه أكْثَرُ ، ولا يَجِبُ فيما بعدَ ذلك مُتَوالِيًا . وقد رَوَى الجُوزْجانِىُّ بإسْنادِه ، عن مُعاوِيَةَ بنِ عبدِ اللهِ بنِ بَدْرٍ الجُهَنِىِّ ، قال : نَزَلْنا مُناخَ رَكْبٍ فوَجَدْتُ خِرْقَةً فيها قَرِيبٌ مِن مائةِ دِينارٍ ، فجِئْتُ بها إلى عُمَرَ ، فقال : عَرِّفْها ثلاثةَ أيَّامٍ على بابِ المَسْجِدِ ، ثم أمْسِكْها حتى قَرْنِ السَّنَةِ ، ولا يَفِدُ مِن رَكْبٍ إلا أنْشَدْتَها ، وقلتَ : الذَّهَبُ بطَرِيقِ الشَّامِ . ثم شَأْنَكَ بها[1] .

الإنصاف

واحدةً . ونقَل أبو طالِبٍ ، تُعَرَّفُ الشَّاةُ . وذكَرَه أبو بَكْرٍ وغيرُه . وقال فى « الفُروعِ » : أكثرُ الأصحابِ لم يذكُروا للحَيَوانِ تَعْرِيفًا . وتقدَّم أيضًا ، أنَّ ما يُخْشَى فَسادُه ، يُعَرَّفُ[2] بمِقْدارِ ما لا يُخافُ فَسادُه عندَ أبى الخَطَّابِ ، وابنِ الجَوْزِىِّ ، والسَّامَرِّىِّ ، وصاحِبِ « التَّلْخيصِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرِهم .

---

(١) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٧ ، ٧٥٨ . وليس فيه لفظ : « عرفها ثلاثة أيام » . والبيهقى ، فى : باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/١٩٣ .

(٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

الفصل الرابع ، فى مكانِه ، وهو الأَسْواقُ ، وأَبْوابُ المَساجِدِ والجَوامِعِ ، فى الوَقْتِ الذى يَجْتَمِعُون فيه ، كأدبارِ الصَّلَواتِ فى المَساجِدِ ، وكذلك فى مَجامِعِ النّاسِ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ إشَاعَةُ ذِكْرِها وإظْهارُها ؛ لِيَظْهَرَ عليها صاحِبُها ، فيَجِبُ تَحَرِّى مَجامِعِ الناسِ ، ولا يُنْشِدُها فى المَسْجِدِ ؛ لأنَّ المَسْجِدَ لم يُبْنَ لهذا . ورَوَى أبو [١٨٩/٥ و] هُرَيْرَةَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ ضَالَّتَهُ فِى المَسْجِدِ ، فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللهُ إلَيْكَ . فَإِنَّ المَساجِدَ لَمْ تُبْنَ لِهَذَا »[١] . وأمَرَ عُمَرُ واجِدَ اللُّقَطَةِ بتَعْرِيفِها على بابِ المَسْجِدِ .

الفصل الخامس ، فى كَيْفِيَّةِ تَعْرِيفِها ، فيَذْكُرُ جِنْسَها لا غيرُ ، فيقولُ : مَنْ ضاعَ منه ذَهَبٌ ، أو فِضَّةٌ ، أو دَرَاهِمُ ، أو دَنانِيرُ ، أو ثِيابٌ . ونحوُ ذلك ؛ لقولِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لِوَاجِدِ الذَّهَبِ : قُل : الذَّهَبُ بطَرِيقِ الشّامِ . ولا يَصِفُها ؛ لأنَّه لو وَصَفَها العِلْمَ صِفَتَها مَن يَسْمَعُها ، فلا تَبْقَى صِفَتُها دَلِيلًا على مِلْكِها ؛ لمُشارَكَةِ مَن يَسْمَعُه للمالِكِ فى ذلك ، ولأنَّه لا يَأْمَنُ أن يَدَّعِيَها مَن سَمِع صِفَتَها ، ويَذْكُرُ صِفَتَها التى يَجِبُ دَفْعُها بها ،

الإنصاف

قال الحارِثِىُّ : والأَصَحُّ أنَّها تُعَرَّفُ حَوْلًا .

تنبيه : ظاهِرُ قَوْلِه : وأبْوابِ المَساجِدِ . أنَّه لا يُعَرِّفُها فى نَفْسِ المَساجِدِ . وهو صحيحٌ . بل يُكْرَهُ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » : يحْرُمُ . وقالَه ابنُ بَطَّةَ فى إنْشادِها .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١٩/٣ .

الشرح الكبير

فيأْخُذَها ، فتَفُوتَ على مالِكِها .

الفصلُ السادس ، فى مَن يَتَوَلَّى تَعْرِيفَها ، وللمُلْتَقِطِ تَوَلِّى ذلك بنَفْسِه ، وأن يَسْتَنِيبَ فيه ، فإن وَجد مُتَبَرِّعًا بذلك وإلَّا اسْتَأْجَرَ ، والأُجْرَةُ على المُلْتَقِطِ . وبهذا قال الشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ ، أنَّه إن قَصَد حِفْظَها لمالِكِها دُونَ تَمَلُّكِها رَجَع بالأُجْرَةِ عليه . وكذلك قال ابنُ عَقِيلٍ فيما لا يُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ ؛ لأنَّه مِن مُؤْنَةِ إيصالِها إلى مالِكِها ، فكان على مالِكِها ، كمُؤْنَةِ تَجْفِيفِها ، وأُجْرةِ مَخْزَنِها . ولَنا ، أنَّ هذا أجْرٌ واجِبٌ على المُعَرِّفِ ، (١)فكان عليه ، كما لو قَصَد تملُّكَها(١) ، ولأنَّه لو وَلِيَه بنَفْسِه ، لم يَكُنْ له أجْرٌ على صاحِبِها ، فكذلك إذا اسْتَأْجَرَ عليه ، ولأنَّه سَبَبٌ لمِلْكِها ، فكان على المُلْتَقِطِ ، كما لو قَصَد تَمَلُّكَها . وقال مالكٌ : إن أعْطَى منها شيئًا لمَن عَرَّفَها ، فلا غُرْمَ عليه ، كما لو دَفَع منها شيئًا لمَن حَفِظَها . وقد ذَكَرْنا الدَّلِيلَ على ذلك .

فصل : إذا أخَّرَ التَّعْرِيفَ عن الحَوْلِ الأَوَّلِ مع إمْكانِه ، أثِمَ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أمَر به فيه ، والأمْرُ يَقْتَضِى الوُجُوبَ . وقال فى حَدِيثِ عِياضِ بنِ

الإنصاف

فائدة : لو أخَّرَ التَّعْرِيفَ عنِ الحَوْلِ الأوَّلِ ، مع إمْكانِه ، أَثِمَ ، وسقَط التَّعْريفُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وخرَّج عَدَمَ السُّقوطِ مِن نَصِّه على تَعْريفِ ما يُوجَدُ مِن دِفْنِ المُسْلِمِين . وهو وَجْهٌ ذكَرَه فى « المُغْنِى » . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . فيأْتِى به فى الحَوْلِ الثَّانِى ، أو يُكْمِلُه إنْ أخَلَّ ببَعضِ الأوَّلِ . وعلى كِلا القَوْلَيْن ، لا يمْلِكُها بالتَّعْريفِ فيما عَدا الحَوْلَ

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

حِمارٍ : « لَا يَكْتُمُ وَلَا يُغَيِّبُ »(١) . ولأنَّ ذلك وَسِيلةٌ إلى أن لا يَعْرِفَها صاحِبُها ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنّه بعدَ الحَوْلِ يَسْلُو عنها ويَيْأَسُ ، فيَتْرُكُ طَلَبَها . ويَسْقُطُ التَّعْرِيفُ بتأْخِيرِه عن الحَوْلِ الأَوَّلِ فى المَنْصُوصِ عن أحمدَ ؛ لأنَّ حِكْمَةَ التَّعْرِيفِ لا تَحْصُلُ بعدَه . فإن تَرَكَه فى بعضِ الحَوْلِ ، عَرَّفَ بَقِيَّتَه ، [١٨٩/٥ ظ] ويَتَخَرَّجُ أن لا يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ بتأْخِيرِه ؛ لأنَّه واجِبٌ ، فلا يَسْقُطُ بتَأْخِيرِه عن وَقْتِه ، كالعِباداتِ وسائِرِ الواجِباتِ ، ولأَنَّ التَعْرِيفَ فى الحوْلِ الثانى يَحْصُلُ به المَقْصُودُ على نَعْتٍ مِن القُصُورِ ، فيَجِبُ الإِتْيانُ به ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « إذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَائْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ »(٢) . فعلى هذا ، إذا أخَّر التَّعْرِيفَ بعضَ الحَوْلِ ، أتى بالتَّعْرِيفِ فى بَقِيَّتِه ، وأتَمَّهُ مِن الحَوْلِ الثّانى . وعلى كلا القَوْلَيْنِ ، لا يَمْلِكُها بالتَّعْرِيفِ فيما عدا الحَوْلِ الأَوّلِ ؛ لأنَّ شَرْطَ المِلْكِ التَّعْرِيفُ فيه ، ولم يُوجَدْ ، ولذلك لو تَرَكَ التَّعْرِيفَ فى بعضِ الحَوْلِ الأَوّلِ ، لا يَمْلِكُها بالتَّعْرِيفِ بعده ؛ لأنَّ الشَّرْطَ لم يَكْمُلْ ، وعَدَمُ بعضِ الشَّرْطِ كعَدَمِ جَمِيعِه ، كما لو اخْتَلَّ بعضُ الطَّهارَةِ فى الصَّلاةِ . فأمّا إن تَرَكَ التَّعْرِيفَ فى

الإنصاف

الأَوَّلَ . وكذا لو ترَكَ التَّعْريفَ فى بعضِ الحَوْلِ الأوَّلِ ، لا يمْلِكُها بالتَّعْريفِ بعدَه . وفى الصَّدَقَةِ به الرِّوايتَان اللَّتان فى العُروضِ . أمَّا إنْ ترَكَ التَّعْريفَ فى الحَوْلِ الأوَّلِ لعَجْزِه عنه ؛ كالمَريضِ والمَحْبُوسِ ، أو لنِسْيانٍ ونحوِه ، أو ضاعَتْ ، فعَرَّفَها فى الحَوْلِ الثّانِى ، فقيلَ : يسْقُطُ التَّعْريفُ ، ولا يمْلِكُها . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) يأتى الحديث بتمامه فى الصفحة بعد التالية .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٨٨/٢ .

الشرح الكبير

الحَوْلِ الأوَّلِ لعَجْزِه عنه ؛ كالمَرِيضِ والمَحْبُوسِ ، أو لِنِسْيانٍ ونحوِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، حُكْمُه حُكْمُ مَن تَرَكَه لغيرِ عُذْرٍ ؛ لأنَّ تَعْرِيفَه فى الحَوْلِ الأوَّلِ سَبَبُ المِلْكِ ، والحُكْمُ يَنْتَفِى لانْتِفاءِ سَبَبِه ، سواءٌ انْتَفى لعُذْرٍ أو لغيرِه . والثَّانى ، يَمْلِكُها بالتَّعْرِيفِ فى الحَوْلِ الثانى ؛ لأنَّه لم يُؤَخِّرْه عن وَقْتِ إمْكانِه ، أشْبَهَ تَعْرِيفَها فى الحَوْلِ الأوَّلِ .

فصل : ومَتَى عَرَّفَ اللُّقَطَةَ حَوْلًا فلم تُعْرَفْ ، مَلَكَها ، غَنِيًّا كان أو فَقِيرًا ، رُوِىَ نحوُ(1) ذلك عن عُمَرَ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، وعائِشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال عَطاءٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورُوِىَ عن

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وقيل : يمْلِكُها ، ولا يسْقُطُ التَّعْريفُ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

قوله : وأُجْرَةُ المُنادِى عليه . يعْنِى ، على المُلْتَقِطِ . وهذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جمهورُ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ مُطْلَقًا . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم .

قوله : وقالَ أبو الخَطَّابِ : ما لا يُمْلَكُ بالتَّعْريفِ ، وما يُقْصَدُ حِفْظُه لمالِكِه ، يرْجِعُ بالأُجْرَةِ عليه . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : ما لا يُمْلَكُ

---

(1) سقط من : م .

الشرح الكبير

عليٌّ ، وابنِ عَبّاسٍ ، والشعبيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، وطَاوُسٍ ، وعِكْرِمَةَ نحوُ ذلك . وقال مالكٌ ، والحَسَنُ بنُ صالحٍ ، والثَّوْرِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ : يَتَصَدَّقُ بها ، فإذا جاء صاحِبُها خُيِّرَ بينَ الأجْرِ والغُرْمِ ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، عن النبيِّ ﷺ أنه سُئِلَ عن اللُّقَطَةِ ، فقال : « عَرِّفْهَا حَوْلًا » . ورُوِىَ : « ثلاثَةَ أحْوَالٍ ، فإنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإلَّا تَصَدَّقْ بِهَا ، فإذَا جَاءَ رَبُّهَا ، فَرَضِىَ بالأجْرِ ، وَإلَّا غَرِمَهَا »[1] . ولأنَّها مالٌ لمَعْصُومٍ لم يَرْضَ بزَوالِ مِلْكِه عنها ، ولا يُوجَدُ منه سَبَبٌ يَقْتَضِي ذلك ، فلم يَزُلْ مِلْكُه عنه ، كغيرِها . قالوا : وليس له أن يتَمَلَّكَها . إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ قال : له ذلك إن كان فَقِيرًا مِن غيرِ ذَوِى القُرْبَى ؛ لِما روَى عِياضُ بنُ حِمارٍ المُجاشِعِيُّ ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا ذَا عَدْلٍ - أوْ ذَوَىْ عَدْلٍ - وَلَا يَكْتُمْ وَلَا يُغَيِّبْ ، فَإنْ وَجَدَ صَاحِبَهَا فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ ، وَإلَّا فَهِىَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . رَواه النَّسَائِيُّ[2] . قالوا : وما يُضافُ إلى اللهِ

الإنصاف

بالتَّعْريفِ ، يرْجِعُ عليه بالأُجْرَةِ . وذكَر فى « الفُنونِ » أنَّه ظاهِرُ كلامِ أصحابِنا . وقيل : على رَبِّها مُطْلَقًا . وعندَ الحَلْوانِيِّ وابْنِه ، الأُجْرَةُ مِن نَفْسِ اللُّقَطَةِ ، كما لو جَفَّفَ العِنَبَ ونحوَه . وقيل : مِن بَيْتِ المالِ ، فإنْ تعَذَّرَ ، أخَذَها الحاكِمُ مِن رَبِّها .

---

(1) أخرجه الدارقطنى ، فى كتاب الرضاع . سنن الدارقطنى ٤/١٨٢ . وانظر : مصنف عبد الرزاق ١٠/١٣٨ ، ١٣٩ ، ومصنف ابن أبى شيبة ٦/٤٥٢ .

(2) فى : باب الإشهاد على اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٣/٤١٨ . كما أخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٧ . وابن ماجه ، فى : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٦٢ ، ٢٦٦ .

المقنع فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ ، دَخَلَ فِى مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا ، كَالْمِيرَاثِ . وَعِنْدَ أَبِى الْخَطَّابِ ، لَا يَمْلِكُهُ حَتَّى يَخْتَارَ ذَلِكَ .

الشرح الكبير تعالى ، إنَّما يَتَمَلَّكُه مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . ونَقَلَ حَنْبَلٌ عن أحمدَ مثلَ هذا القَوْلِ ، فأنْكَرَه الخَلَّالُ ، وقال : ليس هذا مَذْهَبًا لأحمدَ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ فى حَدِيثِ زَيْدِ بنِ خالدٍ[1] : « فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفى لَفْظٍ : « وَإِلَّا فَهِىَ كَسَائِرِ مَالِكَ » . وفى لَفْظٍ : « ثُمَّ كُلْهَا » . وفى لَفْظٍ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » . وفى لَفْظٍ : « فَشَأْنَكَ بِهَا » . فى حَدِيثِ أُبَىِّ بنِ كَعْبٍ[2] . [٥/١٩٠ ظ] وفى لَفْظٍ : « فَاسْتَمْتِعْ بِهَا » . وهو حَدِيثٌ صَحِيحٌ[3] ، ولأنَّ مَن مَلَك بالقَرْضِ مَلَك اللُّقَطَةَ ، كالفَقِيرِ ، ومَن جازَ له الالْتِقاطُ مَلَك به بعدَ التَّعْرِيفِ ، كالفَقِيرِ ، وحَدِيثُهم عن أبى هُرَيْرَةَ لم يَثْبُتْ ، ولا نُقِلَ فى كتابٍ يُعْتَمَدُ عليه ، ولا يُوثَقُ به . ودَعْواهُم فى حَدِيثِ عِياضٍ أنَّ ما يُضَافُ إلى اللهِ تعالى لا يَتَمَلَّكُه إلَّا مَن يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ ، لا بُرْهانَ لها ، وبُطْلانُها ظاهِرٌ ، فإنَّ الأشياءَ كُلَّها تُضافُ إلى اللهِ تعالى خَلْقًا ومِلْكًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَـٰكُمْ ﴾[4] .

٢٥٠٩ – مسألة : (فإن لم تُعْرَفْ ، دَخَلَتْ فى مِلْكِه بعد الحَوْلِ حُكْمًا كالمِيراثِ . وعندَ أبى الخَطَّابِ ، لا يَمْلِكُه حتى يَخْتارَ ذلك) نَصَّ

الإنصاف قوله : فإنْ لم تُعْرَفْ ، دخَلَتْ فى مِلْكِه بعدَ الحَوْلِ حُكْمًا كالمِيراثِ . هذا

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .
(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٧ .
(٣) انظر مواضع هذه الألفاظ فى : إرواء الغليل ٦/٢١ ، ٢٢ .
(٤) سورة النور ٣٣ .

الشرح الكبير

عليه أحمدُ ، فى رِوايةِ الجَماعةِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لقولِه : « وإلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ » . وعندَ أبى الخَطَّابِ : لا تَدْخُلُ فى[1] مِلْكِه حتى يَخْتارَ . واختَلَفَ أصحابُ الشافعىِّ ؛ فقال بعضُهم كقَوْلِنا . وقال قَوْمٌ : يَمْلِكُها بالنِّيَّةِ . ومنهم مَن قال : يَمْلِكُها بقَوْلِه : اخْتَرْتُ مِلْكَها . ومنهم من قال : لا يَمْلِكُها إلَّا بقَوْلِه والتَّصرُّفِ فيها ؛ لأنَّ هذا تَمَلُّكٌ بعِوَضٍ ، فلم يَحْصُلْ إلَّا باخْتِيارِ المُتَمَلِّكِ ، كالقَرْضِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُها وَإِلَّا فَهِىَ كَسَائِرِ مالِكَ » . وقولُه : « فَاسْتَنْفِقْهَا » . ولو وَقَف مِلْكُها على تَمَلُّكِها لبَيَّنَه له ، ولم يُجَوِّزْ له التَّصَرُّفَ قبلَه . وفى لَفظٍ : « كُلْهَا » . وهذه الألْفاظُ كلُّها تَدُلُّ على ما قُلْنا ، ولأنَّ الالْتِقاطَ والتَّعْرِيفَ سَبَبٌ للتَّمَلُّكِ ، فإذا تَمَّ ، وَجَب أن يَثْبُتَ به المِلْكُ حُكْمًا ،

الإنصاف

المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . قال فى « عُيونِ المَسائلِ » : هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : نصَّ عليه فى رِوايَةِ الجماعةِ ، واخْتارَه الجُمْهورُ . قال الحارِثِىُّ : المذهبُ أنَّ المِلْكَ قَهْرِىٌّ ، يثْبُتُ عندَ انْقِضاءِ الحَوْلِ ، كالإرْثِ . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الفروعِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وعندَ أبِى الخَطَّابِ ، لا يمْلِكُه حتى يخْتارَ . وهو رِوايَةٌ ذكَرَها فى « الواضِحِ » ، فيتَوقَّفُ على الرِّضا ، كالشِّراءِ .

---

(1) سقط من : م .

الشرح الكبير

كالإِحْياءِ والاصْطِيادِ . ولأنَّه سَبَبٌ يُمْلَكُ به ، فلم يَقِفِ المِلْكُ بعدَه على قَوْلِه ولا اخْتِيارِه ، كسائِرِ الأسْبابِ ، وذلك لأنَّ المُكَلَّفَ ليس إليه إلَّا مُباشَرَةُ الأسْبابِ ، فإذا [١٩٠/٥ و] أَتَى بها ، ثَبَت الحُكْمُ قَهْرًا وجَبْرًا مِن اللهِ عَزَّ وَجَلَّ ، غيرَ مَوْقُوفٍ على اخْتِيارِ المُكَلَّفِ . فأمّا الاقْتِراضُ فهو السَّبَبُ فى نَفْسِه ، فلم يَثْبُتِ المِلْكُ بدُونِه . فعلى هذا ، لو الْتَقَطَها اثْنان فعَرَّفاها حَوْلًا ، مَلَكاها جَمِيعًا . فإن قُلْنا : يَقِفُ المِلْكُ على الاخْتِيارِ . فاخْتارَ أحَدُهُما دُونَ الآخَرِ ، مَلَك المُخْتارُ نِصْفَها وحدَه .

فصل : فإن رَأياها مَعًا ، فأَخَذَها أَحَدُهما وحدَه ، أو رآها أَحَدُهما ، فأَعْلَمَ بها صاحِبَه ، فأَخَذَها ، فهى لآخِذِها ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَها بالأَخْذِ لا بالرُّؤْيَةِ ، كالاصْطِيادِ . وإن قال أَحَدُهما لصاحِبِه : هاتِها . فأَخَذَها لنَفْسِه ، فهى له دُونَ الآمِرِ ، وإن أَخَذَها الآمِرُ فهى له ، كما لو وَكَّلَه فى الاصْطِيادِ له .

الإنصاف

تنبيه : قدَّم المُصَنِّفُ أنَّ لُقَطَةَ الحَرَمِ كغيرِها . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال الحارِثِيُّ : عدَمُ الفَرْقِ هو المَشْهورُ فى المذهبِ ، واخْتِيارُ أكثرِ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . قال الزَّرْكَشِيُّ : هو اخْتِيارُ الجمهورِ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « النِّهايَةِ » وغيرُهم ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وعنه ، لا تُمْلَكُ لُقَطَةُ الحَرَمِ بحالٍ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وغيرُه مِنَ المُتَأَخِّرِين . قال فى « الفائقِ » أيضًا : وهو المُخْتارُ . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » . قال فى « الانْتِصارِ » : ونُقِلَ عنه ما يدُلُّ

المقنع

وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَا تُمْلَكُ إِلَّا الْأَثْمَانُ . وَهِيَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَهَلْ لَهُ الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥١٠ - مسألة : (وعن أحمدَ ، لا تُمْلَكُ إلَّا الأثمانُ . وهو ظاهِرُ المَذْهَبِ . وهل له الصَّدَقَةُ بغيرِها ؟ على رِوايَتَيْن) كُلُّ ما جازَ الْتِقاطُه ، مُلِكَ بالتَّعْرِيفِ عندَ تَمامِه ، أثْمانًا كان أو غيرَها . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . ونُقِلَ ذلك عن أحمدَ ، فرَوَى عنه محمدُ بنُ الحَكَمِ ، فى الصَّيّادِ يَقَعُ فى شَبَكَتِه الكِيسُ أو النُّحاسُ ، يُعَرِّفُه سَنَةً ، فإن جاء صاحِبُها ، وإلَّا فهو كسائِرِ مالِه . وهذا نَصٌّ فى النُّحاسِ . وقال ابنُ أبى مُوسى : هل حُكْمُ العُرُوضِ فى التَّعْرِيفِ وجَوازِ التَّصَرُّفِ بعدَ ذلك حُكْمُ الأثمانِ ؟ على

الإنصاف

على أنَّ اللُّقَطَةَ لا تُمْلَكُ مُطْلَقًا . قال الزَّرْكَشِيُّ : قلتُ : وهو غريبٌ لا تفْريعَ عليه ، ولا عَملَ . وعنه ، يتَملَّكُها فقِيرٌ غيرَ ذَوِى القُرْبَى . قال فى « الفائقِ » : وعنه ، لايمْلِكُ ، لكِنْ يأْكُلُه بعدَ الحَوْلِ مع فَقْرِه . نقَلَه حَنْبَلٌ ، وأنْكَرَه الخَلَّالُ .

تنبيه : قدَّم المُصَنِّفُ ، أنَّ غيرَ الأَثْمانِ كالأَثْمانِ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . قال فى « عُيونِ المَسائلِ » : هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وصحَّحه النَّاظِمُ ، واخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهما . قال فى « الفائقِ » : وهو المُخْتارُ . قال ابنُ رَزِينٍ : هذا الأظْهَرُ . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وعن أحمدَ ، لا يمْلِكُ إلَّا الأَثْمانَ . وهى ظاهِرُ المذهبِ . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « الرِّعايَةِ [٢٣١/٢و] الكُبْرَى » : هذا أشْهَرُ .

الشرح الكبير

رِوايَتَيْن ؛ أظْهَرُهما ، أنَّها كالأثمانِ . قال شَيْخُنا[1] : ولا أعْلَمُ بينَ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ فَرْقًا بينَ الأثمانِ والعُرُوضِ فى ذلك . وقال أكْثَرُ أصحابِنا : لا تُمْلَكُ العُرُوضُ بالتَّعْرِيفِ . قال القاضِى : نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايةِ الجَماعةِ . واخْتَلَفُوا فيما يَصْنَعُ بها ، فقال أبو بكرٍ ، وابنُ عَقِيلٍ : يُعَرِّفُها أبدًا . وقال القاضى : هو بالخِيارِ بينَ أن يُقِيمَ على تَعْرِيفِها حتى يَجِىءَ صاحِبُها ، وبينَ دَفْعِها إلى الحاكِمِ لِيَرَى رَأْيَه فيها . وهل له بَيْعُها بعدَ الحَوْلِ والصَّدَقَةُ بها ؟ على روايَتَين ؛ إحْداهُما ، يَجُوزُ ، كما تجوزُ الصَّدَقَةُ بالغُصُوبِ التى لا يُعْرَفُ أرْبابُها . والثّانيةُ ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يَظْهَرَ صاحِبُها فيأْخُذَها . وقال الخَلَّالُ : كُلُّ مَن رَوَى عن أحمدَ ، رَوَى عنه أنَّه يُعَرِّفُه سَنَةً ويَتَصَدَّقُ به ، والذى رَوَى عنه أنَّه يُعَرِّفُها أبدًا ، قولٌ قَدِيمٌ

الإنصاف

قال فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : وتُمْلَكُ الأثْمانُ ، ولا تُمْلَكُ العُرُوضُ ، على الأصحِّ . انتهيا . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهم . قال المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » : اخْتارَه أكثرُ الأصحابِ . قال القاضى : نصَّ عليه فى رِوايَةِ الجماعَةِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وجزَم به ناظِمُ المُفْرَداتِ ، فقال :

مُلْتَقِطُ الأثْمانِ مُذْ عَرَّفَها حَوْلًا فقَهْرًا ذو الغِنَى يمْلِكُها

قال الزَّرْكَشِىُّ : وعنه ، وهى المَشْهورَةُ فى النَّقْلِ ، والمذهبُ عندَ عامَّةِ الأصحابِ ، أنَّ الشّاةَ ونحوَها تُمْلَكُ دونَ العُرُوضِ . انتهى .

---

(1) فى : المغنى ٨/٣٠٣ .

الشرح الكبير

رَجَع عنه . واحْتَجُّوا بأنَّه قد رُوِىَ عن ابنِ عُمَرَ ، وابنِ عَبّاسٍ ، وابنِ مَسْعُودٍ مثلُ قَوْلِهم . ولأنها لُقَطَةٌ لا تُمْلَكُ فى الحَرَمِ ، فلا تُمْلَكُ فى غيرِه ، كالإِبلِ . ولأنَّ الخَبَرَ وَرَد فى الأثْمانِ ، وغيرُها لا يُساوِيها ؛ لعَدَمِ الغَرَضِ المُتَعَلِّقِ بعَيْنِها ، فمثلُها يَقُومُ مَقامَها مِن كُلِّ وَجْهٍ . ولَنا ، عُمُومُ الأحادِيثِ

الإنصاف

قوله : وهل له الصَّدَقَةُ بغيرِها ؟ على رِوايتَيْن . يعْنِى ، على القَوْلِ بأنَّه لا يمْلِكُ غيرَ الأثْمانِ . وعلى هذا ، قال الأصحابُ ؛ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والسَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم : إنْ شاءَ ، سلَّم إلى الحاكمِ وَبرِئَ ، وإنْ شاءَ ، لم يُسَلِّمْ ، وعَرَّفَها أبدًا . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِ جماعةٍ ، لا تُدْفَعُ إليه ، وهل له الصَّدقَةُ بها ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » هنا ؛ إحْداهما ، له الصَّدَقَةُ به بشَرْطِ الضَّمانِ . وهو المذهبُ . قال الخَلَّالُ : كلُّ مَن رَوَى عن أحمدَ رَوَى عنه أنَّه يُعَرِّفُها سنَةً ، ويتَصَدَّقُ بها . قال فى « الفائقِ » : هو المَنْصوصُ أخِيرًا . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفُروعِ » . قال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ بعدَ المِائَةِ » : يتَصَدَّقُ به عنه ، على الصَّحيحِ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، ليس له ذلك ، بل يُعَرِّفُها أبدًا . (1) نقَلَه عنه طاهِرُ بنُ محمدٍ (1) ، واخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « زادِ المُسافِرِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال الحارِثِىُّ فى الغَصْبِ عندَ قوْلِه : وإنْ بَقِيَتْ فى يَدِه غُصُوبٌ : والمذهبُ أنَّه لا يتَصَدَّقُ . انتهى . لكِنْ قال الخَلَّالُ : هذا قَوْلٌ قديمٌ رجَع عنه ، وكلُّ من رَوَى عنه ، رَوَى عنه أنَّه

(1 - 1) سقط من : الأصل . وهو طاهر بن محمد بن نزار ، أبو الطيب ، أحد أصحاب الإمام أحمد . طبقات الحنابلة 1/179 .

الشرح الكبير في اللُّقَطَةِ ، فإنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عن اللُّقَطَةِ ، فقال : [٥/١٩١ و] « عَرِّفْهَا سَنَةً » . ثم قال في آخِرِه : « فَشَأْنَكَ بِهَا » . أو : « فَانْتَفِعْ بِهَا » . وفي

الإنصاف يُعَرِّفُها سنَةً ، (١ويتَصَدَّقُ بها١) . وذكَر أبو الخَطَّابِ روايَةً ؛ أنَّه إنْ كان يسِيرًا ، باعَه وتَصَدَّقَ به ، وإنْ كان كثيرًا ، رفَعه إلى السُّلْطانِ ، وقال : نقَلَه مُهَنَّا ، وردَّه المَجْدُ . ذكَرَه في « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والتِّسْعِين » . وتقدَّمَتْ هذه المَسْأَلَةُ ، في كلامِ المُصَنِّفِ ، ونظائِرُها في أواخِرِ الغَصْبِ عند قَوْلِه : وإنْ بقِيَتْ في يَدِه غُصُوبٌ لا يعرِفُ أرْبابَها .

تنبيه : تلَخَّصَ لنا ممَّا تقدَّم في هذه المَسْأَلَةِ ، أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، أنَّ اللُّقَطَةَ تدْخُلُ في مِلْكِه قَهْرًا ، كالمِيراثِ ، حيثُ قُلْنا : تُمْلَكُ . وأنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، التَّسْوِيَةُ بينَ لُقَطَةِ الحَرَمِ وغيرِها ، وأنَّ أكثرَ الأصحاب قالوا : لا يمْلِكُ غيرَ الأثْمانِ . وهو المَشْهورُ عنه . وهو المذهبُ . لكِنْ على المُصْطَلَحِ الذى تقدَّم في الخُطْبَةِ ، يكونُ المذهبُ المِلْكَ في الكُلِّ قَهْرًا .

فائدة : قال في « الفُروعِ » : يتَوَجَّهُ الرِّوايَتان المُتقَدِّمَتان اللَّتان في الصَّدَقَةِ في غيرِ الأثْمانِ ، أنْ يأْتِيا في ما يأْخُذُه السُّلْطانُ مِنَ اللُّصوصِ ، إذا لم يُعْرَفْ ربُّه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو الْتَقَطَ اثْنان ، وعَرَّفا ، ملَكاها . وعلى القَوْلِ بالاخْتِيارِ ، لو اخْتارَ أحدُهما فقط ، ملَكَ النِّصْفَ ، ولا شيءَ لصاحِبِه . الثَّانيةُ ، لو رأى اللُّقَطةَ اثْنان ، فقال أحدُهما للآخَرِ : هاتِها ، فأخَذَها لنَفْسِه ، فهي للآخِذِ ، وإنْ أخَذَها للآمِرِ ، فهي له ، أعْنِي للآمِرِ ، كما في التَّوْكِيلِ في الاصْطِيادِ . ذكَر ذلك المُصَنِّفُ وغيرُه .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

حَدِيثِ عِياضِ بنِ حِمارٍ : « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً » . وهو لَفْظٌ عامٌّ . وقد روَى الجُوزْجانِيُّ ، والأَثْرَمُ فى كِتابَيْهما : ثنا أبو نُعَيْمٍ ، ثنا هِشَامُ بنُ سَعْدٍ ، قال : حَدَّثَنِى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : أَتَى رَجُلٌ رَسُولَ اللهِ ﷺ ، فقال : يا رَسُولَ اللهِ ، كَيْفَ تَرَى فى مَتَاعٍ يُوجَدُ فى الطَّرِيقِ المُعْتادِ ، أو فى قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ ؟ قال : « عَرِّفْهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صاحِبُهُ ، وإلَّا فَشأْنَكَ بِهِ »[(١)] . ورَوَيا أَنَّ سُفيانَ بنَ عبدِ اللهِ وَجَد عَيْبَةً[(٢)] ، فأَتَى بها عُمَرَ بنَ الخَطَّابِ ، فقال : عَرِّفْها سَنَةً ، فإن عُرِفَتْ وَإلَّا فَهِىَ لَكَ . زاد الجُوزْجانِيُّ : فلم تُعْرَفْ ، فلَقِيَه بها العامَ المُقْبِلَ[(٣)] فذَكَرها له ، فقال عُمَرُ : هى لك ، إنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أمَرَنا بذلك . ورَواه النَّسائِىُّ[(٤)] . وهذا نَصٌّ فى غيرِ الأَثْمانِ . وروَى الجُوزْجانِيُّ بإسْنادِه ، عن الحُرِّ بنِ الصَّيَّاحِ[(٥)] ، قال : كنتُ عند ابنِ عُمَرَ بمَكَّةَ ، إذ جاءَه رَجُلٌ ، فقال : إنِّى وَجَدْتُ هذا البُرْدَ ، وقد نَشَدْتُه وعَرَّفْتُه ، فلم يَعْرِفْه أحَدٌ ، وهذا يَوْمُ التَّرْوِيَةِ ، يومَ يَتَفرَّقُ النّاسُ . فقال : إن شِئْتَ قَوَّمْتَه قِيمَةَ عَدْلٍ ولَبِسْتَه ، وكنتَ له ضامِنًا ، متى جاء صاحِبُه دَفَعْتَ إليه ثَمَنَه ، وإن

الإنصاف ....

(١) أخرجه النسائى ، فى : باب المعدن ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/ ٣٣ .

(٢) العيبة : وعاء من خوص ونحوه ، أو وعاء من جلد ونحوه يكون فيه المتاع .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى : باب ذكر الاختلاف على الوليد بن كثير ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٣/ ٤٢١ . كما أخرجه الطحاوى ، فى : باب اللقطة والضوال ، من كتاب الإجارات . شرح معانى الآثار ٤/ ١٣٧ ، ١٣٨ .

(٥) فى م : « الصباح » .

الشرح الكبير

لم يَجِئْ له طالِبٌ فهو لك إن شِئْتَ . ولأنَّ ما جازَ الْتِقاطُه مُلِكَ بالتَّعْرِيفِ ، كالأثْمانِ ، وما حَكَوْه عن الصَّحابةِ إن صَحَّ ، فقد حَكَيْنا عن عُمَرَ وابْنِه خِلافَه . وقولُهم : إنَّها لُقَطَةٌ لا تُمْلَكُ فى الحَرَمِ . مَمْنُوعٌ ، ثم هو مَنْقُوضٌ بالأثْمانِ ، وقِياسُها على الإبلِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ معها حِذاءَها وسِقاءَها ، تَرِدُ الماءَ وتأكُلُ الشَّجَرَ حتى يَأْتِيَها رَبُّها ، ولا يُوجَدُ ذلك فى غيرِها ، ولأنَّ الإبلَ لا يجوزُ الْتِقاطُها ، فلا تُمْلَكُ ، وههُنا يَجُوزُ الْتِقاطُها ، فتُمْلَكُ به ، كالأثْمانِ . وقَوْلُهم : إنَّ النَّصَّ خاصٌّ فى الأثْمانِ . قُلْنا : بل هو عامٌّ فى كُلِّ لُقَطَةٍ ، فيَجِبُ العَمَلُ بعُمُومِه ، وإن وَرَد فيها نَصٌّ خاصٌّ ، فقد رُوِىَ خَبَرٌ عامٌّ ، فيُعْمَلُ بهما ، ثم قد رَوَيْناه فى العُرُوضِ ، فيَجِبُ العَمَلُ به ، كما وجَب العَمَلُ بالخاصِّ فى الأثْمانِ ثم لو اخْتَصَّ الخَبَرُ بالأثْمانِ ، لوَجَبَ أن يُقاسَ عليها ما فى مَعْناها ، كسائِرِ النُّصُوصِ التى عُقِلَ مَعْناها ووُجِدَ فى(1) غيرِها ، وههُنا قد وُجِدَ المَعْنَى ، فيَجِبُ قِياسُه على المَنْصُوصِ عليه ، بل المَعْنَى ههُنا آكَدُ ، فيَثْبُتُ الحُكْمُ فيه بطَرِيقِ التَّنْبِيهِ(2) . [5/191 ظ] بيانُه أنَّ الأثْمانَ لا تَتْلَفُ بمُضِىِّ الزَّمانِ عليها وانْتِظارِ صاحِبِها بها أبَدًا ، والعُرُوضُ تَتْلَفُ بذلك ، ففى النِّداءِ عليها دائِمًا هَلاكُها وضَياعُ مالِيَّتِها على صاحِبِها ومُلْتَقِطِها وسائِرِ النّاسِ ، وفى إباحَةِ الانْتِفاعِ بها ومِلْكِها بعدَ التَّعْرِيفِ حِفْظٌ لمالِيَّتِها على صاحِبِها بدَفْعِ قِيمَتِها إليه ، ونَفْعٌ

الإنصاف ....

(1) سقط من : م .

(2) فى م : « البينة » .

المقنع

وَعَنْهُ ، لَا تُمْلَكُ لُقَطَةُ الْحَرَمِ بِحَالٍ .

الشرح الكبير

لغيرِه ، فيَجبُ ذلك ؛ لنَهْيِ النبيِّ ﷺ [1]عن إضاعَةِ المالِ[1] ، ولِما فيه مِن المَصْلَحَةِ والحِفْظِ لمالِ المُسْلِمِ عليه ، ولأنَّ فى إثْباتِ المِلْكِ حَثًّا على الْتِقاطِها وحِفْظِها وتَعْرِيفِها ؛ لكَوْنِه وَسِيلةً إلى المِلْكِ المَقْصُودِ للآدَمِىِّ ، وفى نَفْىِ مِلْكِها تَضْيِيعٌ لها ، لِما فى الْتِقاطِها مِن الخَطَرِ والمَشَقَّةِ والكَلَفِ مِن غيرِ نَفْعٍ يَصِلُ إليه ، فيُؤَدِّى إلى أن لا يَلْتَقِطَها أحَدٌ ، فتَضِيعَ . وما ذَكَرُوه[2] فى الفَرْقِ مُلْغًى فى الشّاةِ ، فقد ثَبَتَ المِلْكُ فيها مع هذا الفَرْقِ ، ثم يُمْكِنُنا أن نَقِيسَ على الشّاةِ ، فلا يَحْصُلُ هذا الفَرْقُ بين الفَرْعِ والأصْلِ ، ثم نَقْلِبُ دَلِيلَهُم فنقولُ : لُقَطَةٌ لا تُمْلَكُ فى الحَرَمِ ، فما أُبِيحَ الْتِقاطُه منها مُلِكَ إذا كان فى الحِلِّ ، وما لا يُباحُ لا يُمْلَكُ ، كالإِبِلِ .

٢٥١١ – مسألة : وعن أحمدَ ، أنَّ (لُقَطَةَ الحَرَمِ لا تُمْلَكُ بحالٍ) المَشْهُورُ عن أحمدَ وفى المَذْهَبِ ، أنَّ لُقَطَةَ الحَرَمِ والحِلِّ سَواءٌ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عُمَرَ ، وابنِ عباسٍ ، وعائشةَ ، وابنِ المُسَيَّبِ . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ ، وأبى حنيفةَ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه لا يَجُوزُ الْتِقاطُ لُقَطَةِ الحَرَمِ للتَّمْلِيكِ ، ويجوزُ لحِفْظِها لصاحِبِها ، فإنِ الْتَقَطَها عَرَّفَها أبدًا حتى يَأْتِىَ صاحِبُها . وهو قولُ عبدِ الرحمنِ بنِ مَهْدِىٍّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وعنِ الشافعىِّ كالمَذْهَبَيْنِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ فى مَكَّةَ : « لا

الإنصاف

....

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) فى م : « ذكره » .

الشرح الكبير تَحِلُّ سَاقِطَتُها إلَّا لمُنْشِدٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . والمُنْشِدُ المُعَرِّفُ . قاله أبو عُبَيدٍ[2] . والنّاشِدُ الطّالِبُ . ويُنْشَدُ :

* إصَاخَةَ النّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ[3] *

فيكونُ مَعْناه : لا تَحِلُّ لُقَطَةُ مَكَّةَ إلَّا لمَن يُعَرِّفُها ؛ لأنَّها خُصَّتْ بهذا مِن بين سائِرِ البُلْدانِ . وروَى أبو داوُدَ[4] ، بإسْنادِه ، أنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عن لُقَطَةِ الحاجِّ . قال ابنُ وَهْبٍ : يَعْنِى يَتْرُكُها حتى يَجِدَها صاحِبُها . وَوَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى عُمُومُ الأحادِيثِ ، ولأنَّه أحَدُ الحَرَمَيْن ، أشْبَهَ حَرَمَ المَدِينةِ ، ولأنَّها أمانَةٌ ، فلم يَخْتَلِفْ حُكْمُها بالحِلِّ والحَرَمِ ، كالوَدِيعَةِ . وقولُ النبيِّ ﷺ : « إلَّا لِمُنْشِدٍ » . يَحْتَمِلُ أنَّه يُرِيدُ إلَّا لمَن عَرَّفَها عامًا .

الإنصاف ....

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب وقال الليث حدثنى يونس ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٣/١٦٤ ، ١٦٥ ، ٥/١٩٤ ، ٩/٦ . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة وصيدها وخلاها ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢/٩٨٨ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١/٤٦٥ . والنسائى ، فى : باب النهى أن ينفر صيد الحرم ، من كتاب المناسك . المجتبى ٥/١٦٦ . وابن ماجه ، فى : باب فضل مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/١٠٣٨ . والدارمى ، فى : باب النهى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٣١٨ ، ٣٤٨ ، ٢/٢٣٨ .

(٢) فى غريب الحديث ٢/١٣٣ .

(٣) عجز بيت للمثقب العبدى . ديوانه ٤١ . وصدره :

* يصيخ للنبأة أسماعه *

(٤) فى كتاب اللقطة ، سنن أبى داود ١/٣٩٩ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب فى لقطة الحاج ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٣/١٣٥١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٩٩ .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِى اللُّقَطَةِ حَتَّى يَعْرِفَ وِعَاءَهَا ، وَوِكَاءَهَا ، وَقَدْرَهَا ، وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا . وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ وِجْدَانِهَا ، وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهَا .

الشرح الكبير

[١٩٢/٥ و] وتَخْصِيصُها بذلك لتأْكِيدِها ؛ لقَوْلِه عليه السلامُ : « ضَالَّةُ المُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ »(١) وضالَّةُ الذِّمِّىِّ مَقِيسَةٌ عليها . واللهُ أعلمُ .

فصل : (ولا يجوزُ له التَّصرُّفُ فى اللُّقَطَةِ حتى يَعْرِفَ وِعاءَها ، وَوِكاءَها ، وقَدْرَها ، وجِنْسَها ، وصِفَتَها . ويُسْتَحَبُّ ذلك عند وِجْدانِها ، والإشْهادُ عليها) لقولِ النبىِّ ﷺ فى حَدِيثِ زَيْدٍ : « اعْرِفْ وِكَاءَهَا وعِفَاصَهَا »(٢) . وقال فى حديثِ أُبَىِّ بنِ كَعْبٍ : « اعْرِفْ عِفَاصَها وَوِكَاءَهَا وعَدَدَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً »(٣) . وفى لَفْظٍ عن أُبَىِّ بنِ

الإنصاف

قوله : ولا يجوزُ التَّصَرُّفُ فى اللُّقَطَةِ حتى يعْرِفَ وِعاءَها ، ووِكاءَها ، وقَدْرَها ، وجِنْسَها ، وصِفَتَها ، ويُسْتَحَبُّ ذلك عندَ وِجْدانِها . الأوْلَى مَعْرِفَةُ ذلك عندَ التِقاطِها ، وإنْ أخَّرَ مَعْرِفَةَ ذلك إلى مَجِىءِ صاحِبِها ، جازَ ، فإنْ لم يجِئْ ، وأرادَ التَّصرُّفَ فيها بعدَ الحَوْلِ ، لم يجُزْ حتى يَعْرِفَ صِفَتَها ، وكذلك إنْ أرادَ خَلْطَها بمالِه على وَجْهٍ لا تتمَيَّزُ . وقال فى « المُغْنِى »(٤) : تجِبُ حالَةَ الأخْذِ وُجُوبًا مُوَسَّعًا ، وحالَةَ إرادَةِ التَّصَرُّفِ وُجُوبًا مُضَيَّقًا .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩٣ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٧ .

(٤) المغنى ٣٠٨/٨ .

الشرح الكبير

كَعْبٍ ، أنَّه قال : وَجَدْتُ مائةَ دِينارٍ ، فأتَيْتُ بها النبىَّ ﷺ فقال : « عَرِّفْهَا حَوْلًا » . فعَرَّفْتُها حَوْلًا فلم تُعْرَفْ ، فرَجَعْتُ إليه ، فقال : « اعْرِفْ عِدَّتَها وَوِعَاءَهَا ووِكاءَها واخْلِطْهَا بمَالِكَ ، فَإِنْ جاءَ رَبُّهَا فأَدِّهَا إِلَيْهِ » . ففى هذا الحَديثِ أمَرَه بمَعْرِفَةِ صِفَاتِها بعد التَّعْرِيفِ ، وفى غيرِه أمَرَه بمَعْرِفَتِها حينَ[1] الْتقاطِها قبلَ تَعْرِيفِها ، وهو الأَوْلَى ؛ لِيَحْصُلَ عندَه

الإنصاف

فائدة : الوِعاءُ هو ظَرْفُها . والوِكاءُ ، هو الخَيْطُ الذى تُشَدُّ به . والعِفاصُ ، قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : هو الشَّدُّ والعَقْدُ . وقيل : هو صِمامُ القارُورَةِ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، أنَّه الصُّرَّةُ ، وهو ظَرْفُها . قال الزَّرْكَشِيُّ : هو الوِعاءُ الذى تكونُ فيه ؛ مِن خِرْقَةٍ أو غيرِها . [2]وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : الوِكاءُ ، مايُشَدُّ به . والعِفاصُ ، هو صِفَةُ شدِّه وعَقْدِه . وقيل : بل سِدادَةُ القارُورَةِ . وقيل : بل الوِعاءُ . انتهى[2] . قال الحارِثِيُّ : العِفاصُ مَقُولٌ على الوِعاءِ ، وورَد ، احْفَظْ عِفاصَها ووِعاءَها . والعِفاصُ فى هذه الرِّوايَةِ ، صِمامُ القارُورَةِ ، أى الجِلْدُ المَجْعُولُ على رأْسِها ، يُقالُ عليه أيضًا ، فيَتَعَرَّفُ الوِعـاءَ ، كِيسًا هو ، أو غيرَ ذلك ، وهل هو مِن خِرَقٍ أو جُلُودٍ أو وَرَقٍ ؟ وقال ابنُ عَقِيلٍ : ويتَعَرَّفُ ، هل هو إبْرَيْسَمٌ ، أو كَتَّانٌ ؟ وإنْ كان ثِيابًا ، تُعَرَّفُ لَفائِفُها ، أو مائِعًا ، يُتَعرَّفُ ظَرْفُه ، خِرَقٌ ، أو خَشَبٌ ، أو جِلْدٌ . ويُتَعَرَّفُ الوِكاءُ ، وهو ما يُرْبَطُ به ، أَسَيْرٌ ، أم خَيْطٌ ، أم شَرَّابَةٌ ؟ قال القاضى ، [٢/٢٣١ظ] وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما : ويُتَعَرَّفُ الرَّبْطُ ، هل هو عُقْدَةٌ أو عُقْدَتان ، وأُنْشُوطَةٌ أو غيرُها ؟

---

(١) فى م : « بعين » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

عِلْمُ ذلك ، فمتى جاء صاحِبُها فنعَتَها ، غَلَب على ظَنِّه صِدْقُه فدَفَعها إليه . وإن أخَّرَ مَعْرِفَةَ ذلك إلى حين مجىءِ باغِيها ، جاز ؛ لأنَّ المَقْصُودَ يَحْصُلُ بمَعْرِفَتِها[1] حينَئِذٍ . فإن لم يَجِئْ طالِبُها ، فأرادَ التَّصَرُّفَ فيها بعدَ الحَوْلِ ، لم يَجُزْ له حتى يَعْرِفَ صِفاتِها ؛ لأنَّ عَيْنَها تَنْعَدِمُ بالتَّصَرُّفِ ، فلا يَبْقَى له سَبِيلٌ إلى مَعْرِفَةِ صِفاتِها إذا جاء طالِبُها ، وكذلك إن خَلَطَها بمالِه على وَجْهٍ لا تَتَمَيَّزُ منه ، فيكونُ أمْرُ النبىِّ ﷺ لأُبَىٍّ بمَعْرِفَةِ صِفاتِها عند خَلْطِها بمالِه أمْرَ إيجابٍ مُضَيَّقٍ ، وأمْرُه لزَيْدِ بن خالدٍ بمَعْرِفَةِ ذلك حينَ الالْتِقاطِ أمْرَ اسْتِحْبابٍ . قال القاضى : يَنْبَغِى أن يَعْرِفَ جِنْسَها ، ونَوْعَها ، وإن كانت ثِيابًا عَرَف لُفافَتَها وجِنْسَها ، ويَعْرِفُ قَدْرَها بالكَيْلِ ، أو الوَزْنِ ، أو العَدَدِ ، أو الذَّرْعِ ، ويَعْرِفُ العَقْدَ عليها ، هل

الإنصاف

قوله : والإشْهادُ عليها . يعْنِى ، يُسْتَحَبُّ الإشْهادُ عليها ، ويكُونان عَدْلَيْن . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : قالَه كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المَشْهورُ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : يجِبُ الإشْهادُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » ، وابنُ أبِى مُوسى . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . قال فى « الفائقِ » : وهو المَنْصوصُ .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

هو عَقْدٌ واحِدٌ أو أكْثَرُ ؟ أُنْشُوطَةٌ[1] أو غيرُها ؟ ويَعْرِفُ صِمامَ القارُورَةِ الذى يَدْخُلُ رَأْسَها ، وعِفاصَها الذى تَلْبَسُه . ويُسْتَحَبُّ أن يُشْهِدَ عليها حينَ يَجِدُها . قال أحمدُ : لا أُحِبُّ أن يَمَسَّها حتى يُشْهِدَ عليها . فظاهِرُ هذا أنَّه مُسْتَحَبٌّ غيرُ واجِبٍ ، وأنه لا ضَمانَ عليه إذا لم يُشْهِدْ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَضْمَنُها إذا لم يُشْهِدْ عليها ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ ، أو ذَوَىْ عَدْلٍ »[2] . وهذا أمْرٌ يَقْتَضِى الوُجُوبَ ، ولأنَّه إذا لم يُشْهِدْ ، كان الظّاهِرُ أنَّه أخَذَها لنَفْسِه . ولنَا ، خَبَرُ زَيْدِ بنِ خالدٍ ، وأُبَىِّ بنِ كَعْبٍ ، [٥/١٩٢ ظ] فإنَّه أمَرَهُما بالتَّعْرِيفِ دُونَ الإِشْهادِ ، ولو كان واجِبًا لبَيَّنَه ، فإنَّه لا يجوزُ تَأْخِيرُ البيانِ عن وَقْتِ الحاجَةِ ، سِيَّما وقد سُئِلَ النبىُّ ﷺ عن حُكْمِ اللُّقَطَةِ ، فلم يَكُنْ ليُخِلَّ بذِكْرِ الواجِبِ فيها ، فيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الأمْرِ فى حَدِيثِ عِياضٍ على الاسْتِحْبابِ . ولأنَّه أخْذُ أمانَةٍ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى الإِشْهادِ ، كالوَدِيعَةِ . والمَعْنَى الذى ذَكَرُوه غيرُ صَحِيحٍ . فإنَّه إذا حَفِظَها وعَرَّفَها لم يَأْخُذْها لنَفْسِه ، وفائِدَةُ الإِشْهادِ صِيانَةُ نَفْسِه مِن الطَّمَعِ فيها ، وحِفْظُها مِن وَرَثَتِه إن ماتَ ، ومن غُرَمائِه إن أفْلَسَ ، وإذا أشْهَدَ عليها ، لم يَذْكُرْ

الإنصاف

تنبيه : يكونُ الإِشْهادُ عليها لا على صِفَتِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يكونُ عليها وعلى صِفَتِها . ويحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ .

---

(١) الأنشوطة : عقدة يسهل انحلالها .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٥ .

المقنع

فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا ، لَزِمَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ بِنَمَائِهَا الْمُتَّصِلِ ، وَزِيَادَتُهَا الْمُنْفَصِلَةُ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلِوَاجِدِهَا بَعْدَهُ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

للشُّهُودِ صِفاتِها ، كما قُلْنا فى التَّعْرِيفِ ، لكِنْ يَذْكُرُ للشُّهُودِ ما يَذْكُرُه فى التَّعْرِيفِ مِن الجِنْسِ والنَّوْعِ . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ صالحٍ ، وقد سَألَه : إذا أشْهَدَ عليها ، هل يُبَيِّنُ كم هى ؟ قال : لا ، ولكنْ يقولُ : قد أصَبْتُ لُقَطَةً . ويُسْتَحَبُّ أن يَكْتُبَ صِفاتِها ؛ ليكونَ أثْبَتَ له ، مَخافَةَ أن يَنْساها إنِ اقْتَصَرَ على حِفْظِها بقَلْبِه ، فإنَّ الإنْسانَ عُرْضَةُ النِّسْيانِ .

٢٥١٢ – مسألة : (فمتى جاءَ طالِبُها فوَصَفَها ، لَزِم دَفْعُها إليه بنمائِها المُتَّصِلِ ، وزِيادَتُها المُنْفَصِلَةُ لمالِكِها قبلَ الحَوْلِ ، ولِواجِدِها بعدَه ، فى أصَحِّ الوَجْهَين) إذا جاء طالِبُ اللُّقَطَةِ فوَصَفَها ، وَجَب دَفْعُها إليه بغيرِ بَيِّنَةٍ ، سواءٌ غَلَب على ظَنِّه صِدْقُه أو لم يَغْلِبْ . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ(١) ، وداوُدُ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا يُجْبَرُ على ذلك إلَّا ببيِّنَةٍ ، ويَجوزُ له دَفْعُها إليه إذا غَلَب على ظَنِّه صِدْقُه . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : إن شاء دَفَعَها إليه ،

الإنصاف

قوله : فمتى جاءَ طالِبُها فوصَفَها ، لَزِمَه دَفْعُها إليه . يعْنِى ، مِن غيرِ بَيِّنَةٍ ولا يَمِينٍ ، بلانِزاعٍ ، وسواءٌ غلَب على ظَنِّه صِدْقُه أوْلا ؟ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ،

---

(١) بعده فى حاشية الأصل : « وإسحاق » .

الشرح الكبير

وأخذ كفيلًا بذلك ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي»[1]. ولأنَّ صِفَةَ المُدَّعِي لا يَسْتَحِقُّ بها ، كالمَغْصُوبِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَكَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدَدِها وِوِعَائِهَا وَوِكَائِها ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ »[2] . وظاهِرُ الأمْرِ الوُجُوبُ . وفى حَدِيثِ زَيْدٍ : « اعْرِفْ وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فَإِنْ لم تُعْرَفْ فاسْتَنْفِقْهَا ، وَإِنْ جاءَ طَالِبُها يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَدِّهَا إِلَيْهِ »[3] . يَعْنِى إذا ذَكَرَ صِفَاتِها ؛ لأنَّ ذلك هو المَذْكُورُ فى صَدْرِ الحَدِيثِ ، ولم يَذْكُرِ البَيِّنَةَ ، ولو كانَتْ شَرْطًا للدَّفْعِ لذَكَرَها ؛ لأنَّه لا يجوزُ تأْخِيرُ البَيَانِ عن [٥/١٩٣ و] وَقْتِ الحاجَةِ ، ولأنَّ إقامَةَ البَيِّنَةِ على اللُّقَطَةِ تَتَعَذَّرُ ؛ لأنَّها إنَّما تَسْقُطُ حالَ الغَفْلَةِ ، فتَوَقُّفُ دَفْعِها على البَيِّنةِ منعٌ

الإنصاف

و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الفائقِ »، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يدْفَعُها إليه إذا وصَفَها إلَّا مع ظَنِّ صِدْقِه . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقال فى « المُبْهِجِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » : جازَ الدَّفْعُ . ونقَل ابنُ هانِئٍ ، ويُوسُفُ بنُ مُوسى ، لابأْسَ به .

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ الترمذى ، فى : باب ما جاء أن البينة على المدعى ... ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٨٧/٦ . وكذلك أخرجه الدارقطنى ، فى سننه ١١٠/٣ ، ١١١ . والبيهقى ، فى السنن الكبرى ٢٥٢/١٠ .

وتقدم تخريجه من حديث ابن عباس فى ٢٤١/١٣ . وليس فى بقية المصادر المذكورة هناك هذا اللفظ. وحديث ابن عباس : « لو يعطى الناس بدعواهم ... ولكن اليمين على المدعى عليه » . تقدم تخريجه فى ٤٧٨/١٢ . وانظر إرواء الغليل ٢٦٤/٨ - ٢٦٧ ، ٢٧٩ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٨٦ .

الشرح الكبير

لِوُصُولِها إلى صاحِبِها أبدًا ، وهذا يُفَوِّتُ مَقْصُودَ الالْتِقاطِ ، ويُفْضِى إلى تَفْوِيتِ أمْوالِ النّاسِ ، وما هذا سَبِيلُه يَسْقُطُ اعْتِبارُ البَيِّنَةِ فيه ، كالإِنْفاقِ على اليَتِيمِ . والجَمْعُ بين هذا القَوْلِ وبينَ تَفْضِيلِ الالْتِقاطِ على تَرْكِه مُتَناقِضٌ ؛ لأنَّ الالْتِقاطَ حِينَئِذٍ يكونُ تَضْيِيعًا لمالِ المُسْلِمِ ، وإتْعابًا لنَفْسِه بالتَّعْرِيفِ الذى لا يُفِيدُ ، والمُخاطَرَةِ بدِينِه بتَرْكِه الواجِبَ مِن تَعْرِيفِها ، وما هذا سَبِيلُه يَجِبُ أن يكونَ حَرَامًا ، فكيف يكونُ فاضِلًا . وعلى هذا نقولُ : لو لم يَجِبْ دَفْعُها بالصِّفَةِ ، لم يَجُزِ الْتِقاطُها ؛ لِما ذَكَرْناه ، وقولُ النبىِّ ﷺ : « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِى » . يَعْنِى إذا كان ثَمَّ مُنْكِرٌ ؛ لقولِه فى سِياقِه : « وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أنْكَرَ » . ولا مُنْكِرَ هٰهُنا ، على أنَّ البَيِّنَةَ تَخْتَلِفُ ، وقد جَعَل النبىُّ ﷺ بَيِّنَةَ مُدَّعِى اللُّقَطَةِ وَصْفَها ، فإذا وَصَفَها فقد أقامَ بَيِّنَتَه . وقِياسُ اللُّقَطَةِ على المَغْصُوبِ غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ النِّزاعَ

الإنصاف

تنبيه : مَحَلُّ الخِلافِ فيما إذا وصَفَها فقط ، أمَّا إذا قامَتْ له بَيِّنَةٌ بذلك ، لَزِمَه دَفْعُها . وهو واضِحٌ .

فائدة : قال الحارِثِىُّ : إذا قُلْنا بُوجوبِ الدَّفْعِ إذا وصَفَها ، فقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، والقاسِمُ بنُ الحَسَنِ بنِ الحدَّادِ ، فى كُتُبِهم الخِلافِيَّةِ[1] : إذا وصَف العِفاصَ والوِكاءَ والعدَدَ ، لَزِمَ الدَّفْعُ . ونصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مُشَيْشٍ . وقال أبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ : إذا جاءَ بالصِّفَةِ والوَزْنِ ، جازَ الدَّفْعُ إليه .

---

(١) فى ط : « الخلاف » .

الشرح الكبير

ثَمَّ فى كَوْنِه مَغْصُوبًا ، والأصْلُ عَدَمُه ، وقولُ المُنْكِرِ يُعارِضُ دَعْوَاه ، فاحْتِيجَ إلى البَيِّنَةِ ، وهٰهُنا قد ثَبَت كونُ هذا المالِ لُقَطةً ، وأنَّ له صاحِبًا غيرَ مَن هو فى يَدِه ، ولا مُدَّعِىَ له إلَّا الواصِفُ ، وقد تَرَجَّحَ صِدْقُه ، فيَنْبَغِى أن يُدْفَعَ إليه .

فصل : ويَدْفَعُها إليه بزِيادَتِها المُتَّصِلةِ والمُنْفَصِلةِ ، إذا كان قبلَ الحولِ ؛ لأنَّها نَماءُ[1] مِلْكِه ، فإن وَجَدَها زائِدةً بعدَ الحَوْلِ ، أخَذَها بزِيادَتِها المُتَّصِلَةِ ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى الرَّدِّ بالعَيْبِ والإِقَالَةِ ، فتَبعَتْ هٰهُنا . وإن حَدَث بعدَ الحَوْلِ لها نَماءٌ مُنْفَصِلٌ ، فهو للمُلْتَقِطِ ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه مُتَمَيِّزٌ لا يَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، فكان له ، كَنَماءِ المَبِيعِ إذا رُدَّ بعَيْبٍ . وذكر أبو الخَطَّابِ فيه وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يكونُ لصاحِبِ اللُّقَطَةِ ، بِناءً على المُفْلِسِ إذا اسْتُرْجِعَتْ منه العَيْنُ بعدَ أن زادَتْ زِيادَةً مُتَمَيِّزةً ، والوَلَدِ إذا اسْتَرْجَعَ

الإنصاف

قوله : وزِيادَتُها المُنْفَصِلَةُ لمالِكِها قبلَ الحَوْلِ ، ولواجِدِها بعدَه ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . وصحَّحه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الكافِى » . والوَجْهُ الثَّانى ، تكونُ لصاحِبِها أيضًا . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وهما رِوايَتان فى « التَّرْغيبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . قال فى « الهِدايَةِ » ، وتَبِعَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، بعدَ أنْ أطْلَقَ الوَجْهَيْن : بِناءً على

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ تَلِفَتْ أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ ، لَمْ يَضْمَنْهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ضَمِنَهَا .

الشرح الكبير

أبوه ما وَهَبَه له بعدَ زِيادَتِه المُنْفَصِلَةِ . والصَّحِيحُ أنَّ الزِّيادَةَ للمُلْتَقِطِ ؛ لِما ذَكَرْناه ، وكذلك الصَّحِيحُ فى المَوْضِعَيْن اللَّذَيْن ذكَرَهما أنَّ الزِّيادَةَ لمن حَدَثَتْ فى مِلْكِه . ثم الفَرْقُ بينَهما أنَّه فى مَسأَلَتِنا يَضْمَنُ النَّقْصَ ، فتكونُ الزِّيادَةُ له ؛ ليكونَ الخَرَاجُ بالضَّمانِ ، وثَمَّ لا ضَمانَ عليه ، فأمْكَنَ أن لا يكونَ الخَرَاجُ [٥/١٩٣ ظ] له[1] . ومتى اخْتَلَفَا فى القِيمَةِ أو المِثْلِ ، فالقَوْلُ قولُ المُلْتَقِطِ مع يَمِينِه ، إذا كانتِ اللُّقَطَةُ قد اسْتُهْلِكَتْ فى يَدِ المُلْتَقِطِ ؛ لأنَّه غارِمٌ .

٢٥١٣ - مسألة : (وإن تَلِفَتْ أو نَقَصَتْ قبلَ الحَوْلِ ، لم يَضْمَنْها ، وبعدَه يَضْمَنُها) لأنَّها أمانةٌ فى يَدِه ، إلَّا أن تكونَ تَلِفَتْ أو نَقَصَتْ

الإنصاف

الأبِ إذا اسْتَرْجَعَ العَيْنَ المَوْهوبَةَ . وقال أبو الخَطَّابِ أيضًا ، عن الوَجْهِ الثَّانى : بِناءً على المُفْلِسِ . وقال الحارِثِىُّ : هما مَبْنِيَّان على الخِلافِ فى مِثْلِه فى المَبِيعِ المُرْتَجَعِ مِنَ المُفْلِسِ ، والمَوْهُوبِ المُرْتَجَعِ مِنَ الوَلَدِ . انتهى . قلتُ : أمَّا الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ فى العَيْنِ المَوْهوبَةِ إذا رجَع فيها الأَبُ ، فإنَّها للوَلَدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، على ما يأْتِى فى الهِبَةِ . وأمَّا الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ فى المَبِيعِ المَأْخُوذِ مِنَ المُفْلِسِ ، فالخِلافُ فيها قَوِىٌّ ، والمذهبُ أنَّها للبائعِ . واخْتارَ المُصَنِّفُ وغيرُه أنَّها للمُفْلِسِ ، على ماتقدَّم . وأمَّا الزِّيادَةُ المُتَّصِلَةُ فهى لمالِكِها على كلِّ حالٍ .

قوله : وإنْ تَلِفَتْ ، أو نقَصَتْ قبلَ الحَوْلِ ، لم يضْمَنْها . مُرادُه ، إذا لم يُفَرِّطْ ؛

---

(١) سقط من : الأصل ، م .

الشرح الكبير

بتَفْرِيطِه ، كالوديعَةِ . وإن أتْلَفَهَا المُلْتَقِطُ أو تَلِفَتْ بتَفْرِيطِه ، ضَمِنَها بمِثْلِها إن كانت مِن ذواتِ الأمْثالِ ، أو بقِيمَتِها إن لم تكُنْ مِثْلِيَّةً . قال شَيْخُنا(١) : لا أعْلَمُ فيه خِلافًا . وإن تَلِفَتْ بعدَ الحَوْلِ ، ثَبَت فى ذِمَّتِه مِثْلُها أو قِيمَتُها بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّها دَخَلَتْ فى مِلْكِه ، وتَلِفَتْ من مالِه ، وسواءٌ فَرَّطَ أو لم يُفَرِّطْ . وإن وَجَد العَيْنَ ناقِصَةً بعدَ الحَوْلِ ، أخَذَ العَيْنَ وأَرْشَ النَّقْصِ ؛ لأنَّ جَمِيعَها مَضْمُونٌ إذا تَلِفَ ، فكذلك أَرْشُ نَقْصِها . وهذا قولُ أكْثَرِ العُلَماءِ الَّذِين حَكَمُوا بمِلْكِه لها بمُضِىِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ . فأمّا مَن قال : لا يَمْلِكُها إلَّا باخْتِيارِه . لم يُضَمِّنْه إيّاها حتى يَتَمَلَّكَها ، وحُكْمُها قبلَ ذلك كَحُكْمِها قبلَ مُضِىِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ . ومَن قال : لا يَمْلِكُ اللُّقَطَةَ بحالٍ . لم يُضَمِّنْه إيّاها . وبهذا قال الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، وأبو مِجْلَزٍ ، والحارِثُ العُكْلِىُّ ، (٢ومالِكٌ٢) ، وأبو يُوسُفَ ، قالوا : لا يَضْمَنُ ، وإن ضاعَتْ بعدَ الحَوْلِ . وقد ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ دَلِيلَ دُخُولِها فى مِلْكِه . وقال داوُدُ : إذا تَمَلَّكَ العَيْنَ وأتْلَفَها ، لم يَضْمَنْها . وحَكَى ابنُ أبى مُوسَى ،

الإنصاف

لأنَّها أمانَةٌ فى يَدِه . وإنْ كان بعدَه ، ضَمِنَها ، ولو لم يُفَرِّطْ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونَصَرُوه . وعنه ، لا يضْمَنُها ، إذا تَلِفَتْ . حكَى ابنُ أبِى مُوسى ، عن أحمدَ ، أنَّه لَوَّحَ فى مَوْضِعٍ ، إذا أنْفَقَها بعدَ الحَوْلِ والتَّعْرِيفِ ، لم يضْمَنْها ؛ لحَديثِ عِياضِ بنِ حمارٍ . وقيل : ولا يرُدُّها إنْ كانتْ باقِيَةً .

(١) فى : المغنى ٣١٣/٨ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

عن أحمدَ ، أنَّه لَوَّحَ إلى مِثْلِ هذا القولِ ؛ لحَدِيثِ عِياضٍ ، عن النبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وَإِلَّا فَهُوَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ »[1] . وقولِه فى حَدِيثِ أُبَيِّ بنِ كَعْبٍ : « فَإِنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُها ، وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مالِكَ »[2] . وفى حَديثِ زَيْدٍ : « فإِنْ جَاءَ صَاحِبُها ، وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا »[3] . ورُوِىَ : « فَهِيَ لَكَ » . ولم يَأْمُرْه بِرَدِّ بَدَلِها . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُها يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ »[4] . قال الأثْرَمُ : قال أحمدُ : أذْهَبُ إلى حَدِيثِ الضَّحّاكِ بنِ عُثْمَانَ . جَوَّدَه ، ولم يَرْوِه أحَدٌ مثلَ ما رَوَاهُ : « إِنْ جَاءَ صَاحِبُها بَعْدَ سَنَةٍ وَقَدْ أَنْفَقَهَا ، رَدَّهَا إِلَيْهِ »[5] . ولأنَّها عَيْنٌ يَلْزَمُه رَدُّها لو كانت باقِيَةً ، فيَلْزَمُه ضَمانُها إذا أتْلَفَها ، كما قَبْلَ الحَوْلِ ، ولأنَّه مالُ مَعْصُومٍ ، فلم يَجُزْ إسْقاطُ حَقِّه منه مُطْلَقًا ، كما لو اضْطُرَّ إلى مالِ غيرِه .

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ هذا ، إذا قُلْنا : يمْلِكُها بعدَ الحَوْلِ . فأمَّا على القَوْلِ بعدَمِ المِلْكِ ، فإنَّه لا يضْمَنُها إذا لم يُفرِّطْ ، بل حُكْمُها حُكْمُ الحَوْلِ الأوَّلِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو قال مالِكُ اللُّقَطَةِ ، بعدَ التَّلَفِ ، للمُلْتَقِطِ : أخَذْتَها لتَذْهَبَ بها . وقال المُلْتَقِطُ : بل لأُعَرِّفَها . فالقَوْلُ قولُ المُلْتَقِطِ . ذكَرَه المَجْدُ فى

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٧ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

الشرح الكبير

فصل : فإن وَجَد العَيْنَ بعدَ خُرُوجِها [٥/١٩٤ و] مِن مِلْكِ المُلْتَقِطِ ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو نحوِهما ، لم يكُنْ له أخْذُها ، وله أخذُ بَدَلِها ؛ لأنَّ تصرُّفَ المُلْتَقِطِ وَقَع صَحيحًا ؛ لأنَّه مَلَكَها . فإن صَادَفَها وقد عادَتْ إلى المُلْتَقِطِ بفَسْخٍ أو شِراءٍ أو غيرِ ذلك ، فله أخْذُها ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه فى يَدِ مُلْتَقِطِه ، فكان له أخْذُها ، كالزَّوْجِ إذا طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ فوَجَدَ الصَّداقَ قد رَجَع إلى المَرْأةِ . وسائِرُ أحْكامِ (١) الرُّجُوعِ هٰهُنا كَحُكْمِ رُجُوعِ الزَّوْجِ ، على ما نَذْكُرُه ، إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف

« شَرْحِه » . نقَلَه عنه الحارِثِىُّ ، آخِرَ البابِ . الثَّانيةُ ، إذا تصَرَّفَ فى اللُّقَطَةِ بعدَ الحَوْلِ ؛ فإنْ كانَتْ مِثْلِيَّةً ، ضَمِنَها بمِثْلِها ، وإنْ لم تكُنْ مِثْلِيَّةً ، ضَمِنَها بقِيمَتِها يومَ عرَف رَبُّها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَبْدُوسٍ ، وغيرُهما . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يضْمَنُها بقِيمَتِها يومَ ملَكَها . قطَع به ابنُ أبى مُوسى ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وصحَّحه فى « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأطْلَقَهما الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » . وقيل : يضْمَنُها بقِيمَتِها يومَ غرِمَ بدَلَها . الثَّالثةُ ، لو أدْرَكَها ربُّها بعدَ الحَوْلِ مَبِيعَةً ، أو مَوْهُوبَةً ، فليس له إلَّا البدَلُ ، كما فى التَّلَفِ ، ولو أدْرَكَها فى زَمَنِ الخِيارِ ، فوَجْهان ؛ أصحُّهما ، وُجوبُ الفَسْخِ والرَّدُّ إليه . قالَه الحارِثِىُّ . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « الرِّعايَةِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، عدَمُ الوُجوبِ . وهو قَوِىٌّ فى النَّظَرِ ؛ لأنَّ المِلْكَ ينْتَقِلُ إلى المُشْتَرِى ، زَمَنَ الخِيارِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ [٢/٢٣٢و] . ولو كان عادَ إليه بفَسْخٍ أو شِراءٍ ، أو غيرِ

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ ، قُسِمَتْ بَيْنَهُمَا ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِى الْآخَرِ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ حَلَفَ وَأَخَذَهَا .

الشرح الكبير

٢٥١٤ – مسألة : (وإن وَصَفَها اثْنان ، قُسِمَتْ بينَهما ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن) ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّهما تَساوَيَا فيما يُسْتَحَقُّ به الدَّفْعُ ، فتَساوَيا فيها ، كما لو كانت فى أيْدِيهما . والوَجْهُ الثّانى أنَّه (يُقْرَعُ بينهما) فمَن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ حَلَف وسُلِّمَتْ إليه . ذَكَرَه القاضِى . وهكذا إن أقاما بَيِّنَتَيْنِ . وهذا الوَجْهُ أشْبَهُ بأُصُولِنا ، فيما إذا تَداعَيا عَيْنًا فى يَدِ غيرِهما ، ولأنَّهما تداعَيَا عَيْنًا فى يَدِ غيرِهما ، وتَساوَيا فى البَيِّنَةِ أو عَدَمِها ، فتكونُ لمَن وقَعَتْ له القُرْعَةُ ، كما لو ادَّعَيا وَدِيعَةً فى يَدِ إنْسانٍ ، فقال : هى لأحَدِكُما ، لا أعْرِفُ عَيْنَه . وفارَقَ ما إذا كانت فى أيْدِيهما ؛ لأنَّ يَدَ كلِّ واحدٍ منهما على نِصْفِه ، فرَجَحَ قَوْلُه فيه .

الإنصاف

ذلك ، أخذَه المالِكُ . قطَع به الحارِثِىُّ . ولو أدْرَكَه مَرْهُونًا ، ملَك انْتِزاعَه ؛ لقِيامِ مِلْكِه ، وانْتِفاءِ إذْنِه فى الرَّهْنِ . قالَه الحارِثِىُّ . قلتُ : يتَوَجَّهُ عدَمُ الانْتِزاعِ ؛ لتَعَلُّقِ حقِّ المُرْتَهِنِ به . الرَّابعَةُ ، تدْخُلُ اللُّقَطَةُ فى مِلْكِ المُلْتَقِطِ مِن غيرِ عِوَضٍ يثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، وإنَّما يتَجدَّدُ وُجوبُ العِوَضِ بظُهورِ المالِكِ ، كما يتَجدَّدُ به زَوالُ المِلْكِ عن العَيْنِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه الحارِثِىُّ ، ونصَرَه . وقال القاضى : إنَّما يمْلِكُ بعِوَضٍ كالقَرْضِ . ثم قال : إنَّما تجِبُ القِيمَةُ بحُضورِ المالِكِ . قال الحارِثِىُّ : وهذا تَناقُضٌ . وقال : ما قالَه القاضى ، وكثيرٌ مِن أصحابِه قالَه الزَّرْكَشِىُّ .

قوله : وإنْ وصَفَها اثْنان ، قُسِمَتْ بينَهما ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وكذا قال فى

الإنصاف « المُذْهَب » ، وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَته » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « القَواعِدِ » ، فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والتِّسْعِين » .

وَفِى الآخَرِ ، يُقْرَعُ بينَهما ، فمَن قرَع صاحِبَه ، حلَف وأخَذَها . وهو المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : والمذهبُ القُرْعَةُ ، ودفْعُها إلى القارِعِ مع يَمِينه . نصَّ عليه . وذكَرَه المُصَنِّفُ فى « كِتابَيْه » . وبه جزَم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، كما فى تَداعِى الوَدِيعَةِ . قال الشَّارِحُ : وهذا أشْبَهُ بأُصولِنا فيما إذا تَداعَيا عَيْنًا فى يَدِ غيرِهما . انتهى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » . وصحَّحه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، وقال : هذا أقْيَسُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، فى « القاعِدَةِ السِّتِّين بعدَ المائَةِ » .

تنبيه : محَلُّ هذا ، إذا وصَفاها معًا ، أو وصَفَها الثَّانِىَ قبلَ دَفْعِها إلى الأوَّلِ ، أمَّا إذا وصَفَها واحدٌ ، ودُفِعَتْ إليه ، ثم وصَفَها آخرُ ، فإنَّ الثَّانِىَ لا يسْتَحِقُّ شيئًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه ، وعليه الأصحابُ . وقال أبو يَعْلَى الصَّغيرُ : إنْ زادَ فى وَصْفِها ، احْتَمَلَ تخْرِيجُه على بَيِّنَةِ النِّتاجِ والنَّساجِ ، فإنْ رجَّحْنا به هناك رجَّحْنا به هنا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو ادَّعاها كلُّ واحدٍ منهما ، فوصَفَها أحدُهما دُونَ الآخَرِ ، حلَف وأخَذَها . ذكَرَه الأصحابُ . قال فى « الفُروعِ » : ومِثْلُه وَصْفُه مَغْصُوبًا

المقنع

وَإِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً [١٥٠ ظ] أَنَّهَا لَهُ ، أَخَذَهَا مِنَ الْوَاصِفِ ، فَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَهَا مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوْ الدَّافِعِ إِلَيْهِ ، ....

الشرح الكبير

٢٥١٥ - مسألة : (فإن أقامَ آخرُ بَيِّنَةً أنَّها له) قُدِّم ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ أقْوَى مِن الوَصْفِ ، فإن كان الواصِفُ قد أخذَها ، رُدَّتْ إلى صاحِبِ البَيِّنةِ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّها له . فإن كانت قد هَلَكَتْ ، فلصاحِبِها تَضْمِينُ مَن شاءَ مِن الواصِفِ والدَّافِعِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . ويتَخَرَّجُ أن لا يَلْزَمَ المُلْتَقِطَ شيءٌ ، إذا قُلْنا بوُجُوبِ الدَّفْعِ عليه ؛ لأنَّه فَعَل ما أُمِرَ به ، ولم يُفَرِّطْ ، وهو أمِينٌ ؛ فلم يَضْمَنْ ، كما لو دَفَعَها بأمْرِ الحاكِمِ ، ولأنَّه إذا كان الدَّفْعُ واجِبًا عليه يَأْثَمُ بتَرْكِه ، فكأنَّه دَفَع بغيرِ اخْتِيارِه ، فلم يَضْمَنْ ،

الإنصاف

ومَشْرُوقًا . ذكَرَه في « عُيونِ المَسائلِ » ، والقاضي ، وأصحابُه على قِياسِ قَوْلِه : إذا اخْتَلَف المُؤْجِرُ والمُسْتأْجِرُ في دِفْنٍ في [1] الدَّارِ ، فمَن وصَفَه فهو له . وقيل : لا . كوَدِيعةٍ ، وعارِيَّةٍ ، ورَهْنٍ ، وغيرِه ؛ لأنَّ اليَدَ دليلُ المِلْكِ ، ولا تتَعَذَّرُ البَيِّنَةُ . الثَّانيةُ ، يلْزَمُ مُدَّعِي اللُّقَطَةِ ، مع صِفَتِها ، أنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً بالْتِقاطِ العَبْدِ لها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّ إقْرارَ العَبْدِ لا يصِحُّ فيما يتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . صحَّحه في « المُسْتَوْعِبِ » . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يلْزَمُه .

قوله : وإنْ أقامَ آخرُ بَيِّنَةً أنَّها له ، أخذَها مِنَ الواصِفِ ، فإنْ تَلِفَتْ ، ضَمَّنَها مَن شاءَ مِنَ الواصِفِ أو الدَّافعِ إليه - وهو المُلْتَقِطُ - إلَّا أنْ يدْفَعَها بحُكْمِ حَاكِمٍ ، فَلا ضَمانَ عليه . إنْ دَفَعَها إلى الواصِفِ بحُكْمِ حاكِمٍ ، فلا ضَمانَ عليه ، قوْلًا واحِدًا . وإنْ لم يكُنْ بحُكْمِ حاكِمٍ ، فقدَّم المُصَنِّفُ أنَّه مُخَيَّرٌ بينَ تَضْمِينِ الواصِفِ

---

(١) سقط من : الأصل ، ا .

المقنع إِلَّا أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَمَتَى ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رَجَعَ عَلَى الْوَاصِفِ .

الشرح الكبير كما لو أُخِذَتْ منه كَرْهًا . وَوَجْهُ الأوّلِ ، أنَّه دَفَع مالَ غيرِه إلى غيرِ مُسْتَحِقِّه اخْتِيارًا منه ، فَضَمِنَه ، كما لو دَفَع الوَدِيعةَ إلى غيرِ مالِكِها إذا غَلَب على ظَنِّه أنَّه مالِكُها .

٢٥١٦ – مسألة : (إلَّا أن يَدْفَعَها بحُكْمِ حاكِمٍ) فلا يَمْلِكُ صاحِبُها مُطالَبَته ؛ لأنَّها مَأْخُوذَةٌ منه على سَبِيلِ القَهْرِ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو غَصَبَها غاصِبٌ ، ومتى ضَمِنَ الواصِفُ لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّ العُدْوانَ منه والتَّلَفَ عندَه . وإن (ضَمِنَ الدافِعُ ، رَجَع على الواصِفِ) لأنَّه كان

الإنصاف والدَّافِعِ ، وهو أحدُ الوَجْهَيْن . قال الحارِثِيُّ : هو قَوْلُ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . قلتُ : منهم القاضى . ذكَرَه فى « القَواعِدِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . [1]فإنْ ضَمَّنَ الدَّافِعَ ، رجَع على الواصِفِ ، إلَّا أنْ يكونَ قد أقَرَّ له بالمِلْكِ . قالَه فى « القَواعِدِ » ، وغيرِه[1] . وقيل : لا يلْزَمُ المُلْتَقِطُ شيءٌ ، إذا قُلْنا بوُجوبِ الدَّفْعِ إليه . وهو تَخْرِيجٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وهو المذهبُ . قال الحارِثِيُّ : وهو الصَّحيحُ ؛ لأنَّه فعَل ما أُمِرَ به ، ولا مَنْدُوحَةَ عنه ، كما لو كان بقَضاءِ قاضٍ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، وإليه مَيْلُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ .

تنبيه : قوْلُه : ومتى ضَمِنَ الدَّافِعُ ، رجَع على الواصِفِ . مُرادُه ، إذا لم يعْتَرِفْ له بالمِلْكِ . فأمَّا إنِ اعْتَرفَ له بالمِلْكِ ، فإنَّه لا يرْجِعُ عليه ألْبَتَّةَ .

(١ – ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

سَبَبَ تَغْرِيمِه ، إلَّا أن يكونَ المُلْتَقِطُ قد أقَرَّ للواصِفِ أنَّها له ، فإنَّه لا يَرْجِعُ عليه ؛ لأنه أقَرَّ أنَّه مالِكُها ومُسْتَحِقُّها ، وأنَّ صاحِبَ البَيِّنَةِ [٥/١٩٤ ظ] ظَلَمَه بتَضْمِينِه ، فلا يَرْجِعُ على غيرِ ظالِمِه . وإن كانتِ اللُّقَطَةُ قد تَلِفَتْ عندَ المُلْتَقِطِ ، فضَمَّنَه إيّاها ، رَجَع على الواصِفِ بما غَرِمَه ، وليس لمالِكِها تَضْمِينُ الواصِفِ ؛ لأنَّ الذى قَبَضَه إنَّما هو مالُ المُلْتَقِطِ لا مالُ صاحِبِ اللُّقَطَةِ ، بخِلافِ ما إذا سَلَّمَ العَيْنَ . فأمّا إن وَصَفَها إنْسانٌ فأخَذَها ، ثم جاءَ آخرُ فوَصَفَها وادَّعاها ، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا ؛ لأنَّ الأوَّلَ اسْتَحَقَّها لوَصْفِه إيّاها وعَدَمِ المُنازِعِ فيها ، وثَبَتَتْ يَدُه عليها ، ولم يُوجَدْ ما يَقْتَضِى انْتِزاعَها منه ، فوَجَبَ إبْقاؤُها فى يدِه[1] ، كسائِرِ مالِه .

فصل : ولو جاء مُدَّعٍ للُّقَطَةِ فلم يَصِفْها ، ولا أقامَ بَيِّنَةً أنها له ، لم يَجُزْ دَفْعُها إليه ، سواءٌ غَلَب على ظَنِّه صِدقُه أو كَذِبُه ؛ لأنَّها أمانةٌ ، فلم يَجُزْ دَفْعُها إلى مَنْ لم يُثْبِتْ أنَّه صاحِبُها ، كالوَدِيعَةِ . فإنْ دَفَعَها فجاءَ آخَرُ فوصَفَها ، أو أقامَ بها بَيِّنةً ، لَزِمَ الدّافِعَ غَرامَتُها له ؛ لأنَّه فَوَّتَها على مالِكِها بتَفْرِيطِه ، وله الرُّجُوعُ على مُدَّعِيها ؛ لأنه أخَذ مالَ غيرِه ، ولصاحِبِها تَضْمِينُ آخِذِها ، فإذا ضَمَّنَه ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . وإن لم يَأْتِ أحَدٌ يَدَّعِيها فلِلْمُلْتَقِطِ مُطالَبَةُ آخِذِها ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ مَجِىءَ صاحِبِها فيُغَرِّمُه إيّاها ، ولأنَّها أمانةٌ فى يَدِه ، فمَلَكَ الأخْذَ مِن غاصِبِها ، كالوَدِيعةِ .

الإنصاف ....

(١) بعده فى الأصل : « له » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان المُلْتَقِطُ قد مات واللُّقَطَةُ مَوْجُودةٌ ، قام وارِثُه مَقامَه فى تَعْرِيفِها ، أو إتمامِه إن مات قبلَ إتْمام[1] الحَوْلِ ، ويَمْلِكُها بعد إتْمامِ التَّعْرِيفِ . وإن مات بعد تَمامِ الحَوْلِ ، وَرِثَها الوارِثُ ، كسائِرِ أمْوالِ المَيِّتِ ، ومتى جاء صاحِبُها ، أخَذَها مِن الوارِثِ ، كما يَأْخُذُها مِن المَوْرُوثِ ، وإن كانت مَعْدُومَةَ العَيْنِ ، فصاحِبُها غَرِيمٌ للمَيِّتِ بمِثْلِها إن كانت مِن ذواتِ الأمْثالِ ، أو بقِيمَتِها إن لم تكنْ كذلك ، فيَأْخُذُ ذلك مِن تَرِكَتِه إنِ اتَّسَعَتْ لذلك ، فإن ضاقَتِ التَّرِكَةُ زاحَمَ الغُرَماءَ ببَدَلِها ، سواءٌ تَلِفَتْ بعد الحَوْلِ بفِعْلِه أو بغيرِ فِعْلِه ؛ لأنَّها قد دَخَلَتْ فى مِلْكِه بمُضِىِّ الحَوْلِ . وإن عَلِمَ أنَّها تَلِفَتْ قبلَ الحَوْلِ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه ، ولا شيءَ لصاحِبِها ؛ لأنَّها أمانةٌ فى يَدِه تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلم يَضْمَنْها ، كالوَدِيعةِ . وكذلك إن تَلِفَتْ بعد الحَوْلِ قبلَ تَمَلُّكِها بغيرِ تَفْرِيطٍ ، عند مَن يَرَى أنَّها لا تَدْخُلُ فى مِلْكِه حتى يتَمَلَّكَها ، أو أنَّها لا تُمْلَكُ بحالٍ . وقد مَضَى الكلامُ فى ذلك . فأمّا إن لم يَعْلَمْ [١٩٥/٥ ظ] تَلَفَها ، ولا وُجِدَتْ فى تَرِكَتِه ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه غَرِيمٌ بها ، سَواءٌ كان قبلَ الحَوْلِ أو بعدَه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَ المُلْتَقِطَ شيءٌ ، ويَسْقُطَ حَقُّ صاحِبِها ؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءَةُ ذِمَّةِ المُلْتَقِطِ منها ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن تكونَ قد تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا تُشْغَلُ ذِمَّتُه بالشَّكِّ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن كان المَوْتُ قبلَ الحَوْلِ فلا شيءَ عليه ؛ لأنَّها كانتْ أمانةً عندَه ، ولم تُعْلَمْ خِيانَتُه[2]

الإنصاف ....

(١) زيادة من : م .

(٢) فى را : « جنايته » .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُلْتَقِطِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ، عَدْلًا أَوْ فَاسِقًا ، يَأْمَنُ نَفْسَهُ عَلَيْهَا . وَقِيلَ : يُضَمُّ إِلَى الْفَاسِقِ أَمِينٌ فِي تَعْرِيفِهَا وَحِفْظِهَا .

الشرح الكبير

فيها ، والأصْلُ بَراءَةُ ذِمَّتِه منها . وإن ماتَ بعدَ الحَوْلِ ، فهى فى تَرِكَتِه ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاؤُها إلى ما بعد الحَوْلِ ، ودُخولُها فى مِلْكِه ، ووُجُوبُ بَدَلِها عليه . فإن قِيلَ : فقد قُلْتُم : إنَّ صاحِبَها لو جاء بعد بَيْعِ المُلْتَقِطِ إيّاها أو هِبَتِه لم يَكُنْ له إلَّا بَدَلُها . فلِمَ قُلْتُم : إنَّها إذا انْتَقَلَتْ إلى الوارِثِ يَمْلِكُ صاحِبُها أخْذَها ؟ قُلْنا : لأنَّ الوارِثَ خَلِيفةُ المَوْرُوثِ ، وإنَّما يَثْبُتُ له المِلْكُ فيها على الوَجْهِ الذى كان ثابتًا لمَوْرُوثِه ، ومِلْكُ مَوْرُوثِه فيها كان مُراعًى مَشْرُوطًا بعَدَمِ مَجِىءِ صاحِبِها ، فكذلك مِلْكُ وارِثِه ، بخِلافِ مِلْكِ المُشْتَرِى والمُتَّهِبِ ، فإنَّهما يَمْلِكانِ مِلْكًا مُسْتَقِرًّا .

فصل : قال ، رَحِمَه اللهُ : (ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ المُلْتَقِطِ غَنِيًّا أو فَقِيرًا ، مُسْلِمًا أو كافِرًا ، عَدْلًا أو فاسِقًا ، يَأْمَنُ نَفْسَه عليها . وقيل : يُضَمُّ إلى الفاسِقِ أمِينٌ فى تَعْرِيفِها وحِفْظِها) إذا الْتَقَطَ الغَنِىُّ لُقَطَةً وعَرَّفَها حَوْلًا ، مَلَكَها ، كالفَقِيرِ ، رُوِىَ نحوُ ذلك عن عُمَرَ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، وعائشةَ ،

الإنصاف

قوله : ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ المُلْتَقِطِ غَنِيًّا أوْ فَقِيرًا ، مُسْلِمًا أوْ كافِرًا ، عَدْلًا أوْ فاسِقًا ، يأْمَنُ نَفْسَه عليها . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفروعِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . قال

الشرح الكبير

وعَلِيٌّ ، وابنِ عَبّاسٍ ، وعَطاءٍ ، والشَّعْبِيِّ ، والنَّخَعِيِّ ، وطاوُسٍ ، وعِكْرِمَةَ . وبه قال الشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال أبو حنيفةَ : ليس له أن يَتَمَلَّكَها ، إلَّا أن يكونَ فَقِيرًا مِن غيرِ ذَوِى القُرْبَى ؛ لِما رَوَى عِياضُ بنُ حِمارٍ المُجاشِعِىُّ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْها ذا عَدْلٍ - أو ذَوَىْ عَدْلٍ - وَلَا يَكْتُمْ وَلَا يُغَيِّبْ ، فَإِنْ وَجَدَ صاحِبَها فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْه ، وَإِلَّا فَهِىَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . رَواه النَّسائِىُّ[1] . قالوا : وما يُضَافُ إلى اللهِ تعالى إنَّما يتَملَّكُه مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . ونَقَل حَنْبَلٌ عن أحمدَ مثلَ هذا القَوْلِ . وأنْكَرَه الخَلَّالُ ، وقال : ليس هذا مَذْهَبًا لأحمدَ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ فى حَديثِ زَيْدِ بنِ خالدٍ[2] : « فَإِنْ لم تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا » . وفى لَفْظٍ : « فَشَأْنَكَ بها » . وفى لَفْظٍ : « وَإِلَّا فَهِىَ كَسَبِيلِ مالِكَ » . ولأنَّ مَن مَلَك بالقَرْضِ مَلَك اللُّقَطَةَ ، كالفَقِيرِ ، ومَن جاز له الالْتِقاطُ مَلَكَ [٥/١٩٥ ظ] به بعدَ التَّعْرِيفِ ، كالفَقِيرِ ، ودَعْواهُم فى حَدِيثِ عِياضٍ أنَّ ما يُضافُ إلى اللهِ تعالى لا يَتَمَلَّكُه إلَّا مَن يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ ، لا دَلِيلَ عليها[3] ، وبُطْلانُها ظاهِرٌ ، فإنَّ الأشياءَ كُلَّها تُضافُ إلى

الإنصاف

فى « الخُلاصَةِ » : فإنْ كان الفاسِقُ لا يُؤْمَنُ على تَعْرِيفِها ، ضُمَّ إليه أَمِينٌ . انتهى . وقيل : يُضَمُّ إلى الفاسِقِ أَمِينٌ فى تعْريفِها وحِفْظِها . قطَع به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ البَنَّا ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٦ .

(٣) فى الأصل ، م : « عليه » .

الشرح الكبير

اللهِ تعالى ؛ مِلْكًا وخَلْقًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾[1] .

فصل : ويَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بالالْتِقاطِ كالمُسْلِمِ . وقال بعضُ أصْحابِ الشافعيِّ : ليس له الالْتِقاطُ فى دارِ الإسلامِ ؛ لأنه ليس مِن أهْلِ الأمانةِ . ولَنا ، أنَّه نَوْعُ اكْتِسابٍ ، فكان مِن أهْلِه ، كالاحْتِشاشِ [2]والاصْطِيادِ[2] والاحْتِطابِ . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالصَّبىِّ والمَجْنُونِ ، فإنَّه يَصِحُّ الْتِقاطُهُما مع عَدَمِ الأمانةِ . ومتى عَرَّفَ اللُّقَطَةَ حَوْلًا ، مَلَكَها ، كالمُسْلِمِ ، وإن عَلِم بها الحاكِمُ أقَرَّها فى يَدِه ، وضَمَّ إليه مُشْرِفًا عَدْلًا يُشْرِفُ عليه ويُعَرِّفُها ؛ لأنَّنا لا نَأْمَنُ الكافِرَ على تَعْرِيفِها ، ولا نَأْمَنُ أن يُخِلَّ فى التَّعْرِيفِ بشىءٍ

الإنصاف

و « الكافِى » ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » . قال فى « الفائقِ » : ويُضَمُّ إلى الفاسِقِ أمِينٌ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وقدَّمه الحارِثِىُّ . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ : وإنْ عَلِمَ الحاكِمُ أو السُّلْطانُ بها ، أقَرَّها فى يَدِه ، وضمَّ إليه مُشْرِفًا يُشْرِفُ عليه ، ويتَوَلَّى تعْرِيفَها . [٢٣٢/٢ظ] وقيل : يُضَمُّ إلى الذِّمِّىِّ عَدْلٌ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : إنْ عَلِمَ بها الحاكِمُ ، أقَرَّها فى يَدِه ، وضمَّ إليه مُشْرِفًا عَدْلًا يُشْرِفُ عليه ، ويُعَرِّفُها . قال الحارِثِىُّ : ولابُدَّ مِن مُشْرِفٍ يُشْرِفُ عليه . وقيل : تُنْزَعُ لُقَطَةُ الذِّمِّىِّ [3]مِن يَدِه[3] ، وتُوضَعُ على يَدِ عَدْلٍ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » .

---

(١) سورة النور ٣٣ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنْ وَجَدَهَا صَبِىٌّ أَوْ سَفِيهٌ ، قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِذَا عَرَّفَهَا ، فَهِىَ لِوَاجِدِهَا .

الشرح الكبير مِن الواجبِ عليه فيه ، وأجْرُ المُشْرِفِ عليه ، فإذا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ، مَلَكَها المُلْتَقِطُ . ويَحْتَمِلُ أن تُنْزَعَ مِن يَدِ الذِّمِّىِّ وتُوضَعَ على يَدِ عَدْلٍ ؛ لأنَّه غيرُ مَأْمُونٍ عليها .

فصل : ويَصِحُّ الْتِقاطُ الفاسِقِ ؛ لأنَّها جِهَةٌ مِن جهاتِ الكَسْبِ ، فصَحَّ الْتِقاطُه ، كالعَدْلِ ، ولأنَّه إذا صَحَّ الْتِقاطُ الكافِرِ ، فالمُسْلِمُ أوْلَى ، إلَّا أنَّ الأوْلَى له ألَّا يَأْخُذَها ؛ لأنَّه يُعَرِّضُ نَفْسَه للأمانةِ ، وليس مِن أهْلِها . وإذا الْتَقَطَها فعَرَّفَها حَوْلًا ، مَلَكَها ، كالعَدْلِ ، وإن عَلِمَ الحاكِمُ أو السُّلْطانُ بها ، أقَرَّها فى يَدِه ، وضَمَّ إليه مُشْرِفًا يُشْرِفُ عليه ويَتولَّى تَعْرِيفَها ، كما قُلْنا فى الذِّمِّىِّ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ (١فى أحَدِ قَوْلَيْه١) ، وقال فى الآخرِ : يَنْزِعُها مِن يَدِه ويَدَعُها فى يَدِ عَدْلٍ . ولَنا ، أنَّ مَن خُلِّىَ بينه وبينَ الوَدِيعَةِ ، لم تَزُلْ يَدُه عن اللُّقَطَةِ ، كالعَدْلِ ، والحِفْظُ يَحْصُلُ بضَمِّ المُشْرِفِ إليه ، فأمَّا إن لم يُمْكِنِ المُشْرِفَ حِفْظُها منه ، انْتُزِعَتْ مِن يَدِه وتُرِكَتْ فى يَدِ العَدْلِ ، فإذا عَرَّفَها مَلَكَها المُلْتَقِطُ ؛ لوُجُودِ سَبَبِ المِلْكِ منه .

٢٥١٧ – مسألة : (وإن وَجَدَها صَبِىٌّ أو سَفِيهٌ ، قام وَلِيُّه بتَعْرِيفِها ، فإذا عَرَّفَها ، فهى لواجِدِها) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الصَّبِىَّ والسَّفِيهَ

الإنصاف **قوله : وإنْ وجَدَها صَبِىٌّ أوْ سَفِيهٌ ، قامَ وَلِيُّه بتَعْرِيفِها ، فإذا عَرَّفَها ، فهى**

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

والمَجْنُونَ ، إذا الْتَقَطَ أحَدُهُم لُقَطةً ، ثَبَتَتْ يَدُه عليها ؛ لعُمُومِ الأخبارِ ، ولأنَّه نَوْعُ تكَسُّبٍ ، فصَحَّ منه ، كالاصْطِيادِ والاحْتِطابِ . فإن تَلِفَتْ فى يَدِه بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه ، وإن تَلِفَتْ بتفْرِيطِه ، ضَمِنَها فى مالِه ، وإذا عَلِمَ بها وَلِيُّه ، لَزِمَه أخْذُها منه ؛ لأنَّه ليس [٥/١٩٦ و] مِن أهْلِ الحِفْظِ والأمانةِ ، فإن تَرَكَها فى يَدِه ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه يَلْزَمُه حِفْظُ ما يَتَعَلَّقُ به حَقُّ الصَّبِىِّ ، وهذا يَتَعَلَّقُ[1] به حَقُّه ، فإذا تَرَكَها فى يَدِه كان مُضَيِّعًا لها . ويُعَرِّفُها الوَلِىُّ إذا أخَذَها ؛ لأنَّ واجِدَها ليس مِن أهْلِ التَّعْرِيفِ ، فإذا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ دَخَلَتْ فى مِلْكِ واجِدِها ؛ لأنَّ سَبَبَ التَّمَلُّكِ تَمَّ بشَرْطِه ، فثَبَتَ المِلْكُ له ، كما لو اصْطادَ صَيْدًا . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ، إلَّا أنَّ أصحابَه قالوا : إذا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، فكان الصبىُّ والمَجْنُونُ بحيثُ يُسْتَقْرَضُ لهما ، يَمْلِكُه لهما ، وإلَّا فلا . وقال بعضُهم : يتَمَلَّكُه لهما بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ عَدَمُ ظُهُورِ صاحِبِه ، فيكونُ تَمَلُّكُه مَصْلَحةً له . ولَنا ، عُمُومُ الأخبارِ ، ولو جَرَى هذا مَجْرَى الاقْتِراضِ لَما صَحَّ الْتِقاطُ صَبِىٍّ لا يجوزُ الاقْتِراضُ له ؛ لأنَّه يكونُ تَبَرُّعًا بحِفْظِ مالِ غيرِه مِن غيرِ فائِدَةٍ .

الإنصاف

لواجدِها . وكذا المَجْنونُ . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّـرْحِ » ، و « المُنْتَخَبِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » ، و « الحارِثِـىِّ » ، وغيرِهم .

---

(١) فى م : « يتلف » .

الشرح الكبير

فصل : قال أحمدُ ، فى روايةِ العَبّاسِ بنِ مُوسَى[1] ، فى غُلامٍ له عَشْرُ سِنِينَ الْتَقطَ لُقَطَةً ، ثم كَبِرَ : فإن وَجَد صاحِبَها دَفَعَها إليه ، وإلَّا تَصَدَّقَ بها ، قد مَضَى أجَلُ التَّعْرِيفِ فيما تَقَدَّمَ مِن السِّنِين . ولم يَرَ عليه اسْتِقْبالَ أجَلِ التَّعْرِيفِ . [2]قال : وقد كنتُ سَمِعْتُه قبلَ هذا أو بعدَه يقول فى انْقِضاءِ أجَلِ التَّعْرِيفِ[2] إذا لم يَجِدْ صاحِبَها : أيَتَصَدَّقُ بمالِ الغَيْرِ ! وهذه المسألةُ قد مَضَى نحوُها فيما إذا لم يُعَرِّفِ المُلْتَقِطُ اللُّقَطَةَ[3] فى حَوْلِها الأوَّلِ ، فإنَّه لا يَمْلِكُها وإن عَرَّفَها فيما[3] بعدَ ذلك ؛ لكَوْنِ التَّعْرِيفِ بعدَه لا يُفيدُ ظاهِرًا ، لكَوْنِ صاحِبِها يَيْأَسُ منها ويَتْرُكُ طَلَبَها . وهذه المسألةُ تَدُلُّ على أنَّه إذا تَرَكَ التَّعْرِيفَ لعُذْرٍ ، فهو كتَرْكِه لغيرِ عُذْرٍ ؛ لكونِ الصَّبِيِّ مِن أهْلِ العُذْرِ ، وقد ذَكَرْنا فيه وَجْهَيْن ، فيما تَقَدَّمَ . وقال أحمدُ ، فى غُلامٍ لم يَبْلُغْ أصابَ عَشَرَةَ دَنانِيرَ ، فذَهَبَ بها إلى مَنْزِلِه فضاعَتْ ، فلمّا بَلَغ أرادَ رَدَّها ، فلم يَعْرِفْ صاحِبَها : تَصَدَّقَ بها ، فإن لم يَجِدْ عَشَرَةً ، وكان يُجْحِفُ به ، تَصَدَّقَ قليلًا قليلًا . قال القاضِى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّها تَلِفَتْ بتَفْرِيطِ الصَّبِيِّ ، وهو أنَّه لم يُعْلِمْ وَلِيَّه حتى يَقُومَ بتَعْرِيفِها .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال الأصحابُ : يضْمَنُ الوَلِىُّ إنْ أبْقاها بيَدِ الصَّبِىِّ بعدَ عِلْمِه ؛ وإنْ تَلِفَتْ فى يَدِ أحَدِهما بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه ، وإنْ تَلِفَتْ بتَفْرِيطِه ،

---

(1) أى العباس بن محمد بن موسى الخلال . تقدمت ترجمته .
(2 - 2) سقط من : الأصل .
(3) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ وَجَدَهَا عَبْدٌ ، فَلِسَيِّدِهِ أَخْذُهَا مِنْهُ وَتَرْكُهَا مَعَهُ ، يَتَوَلَّى تَعْرِيفَهَا إِذَا كَانَ عَدْلًا ، وَإِنْ لَمْ يَأْمَنِ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ عَلَيْهَا ، لَزِمَهُ سَتْرُهَا عَنْهُ ، فَإِنْ أَتْلَفَهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا بَعْدَهُ ، فَهِيَ فِي ذِمَّتِهِ .

الشرح الكبير

٢٥١٨ – مسألة : (وإن) الْتَقَطَها (عَبْدٌ ، فلِسَيِّدِه أَخْذُها منه وتَرْكُها معه ، يَتَوَلَّى تَعْرِيفَها إن كان عَدْلًا ، فإن لم يَأْمَنِ العَبْدُ سَيِّدَه عليها ، لَزِمَه سَتْرُها عنه ، فإن أتْلَفها قبلَ الحَوْلِ ، فهى فى رَقَبَتِه ، وإن أتْلَفَها بعدَه ، فهى فى ذِمَّتِه) يَصِحُّ الْتِقاطُ العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ[1] ، والشافعِىُّ فى أحَدِ قَوْلَيْه . [١٩٦/٥ ظ] وقال فى الآخَرِ : لا يَصِحُّ الْتِقاطُه ؛ لأنَّ اللُّقَطَةَ فى الحَوْلِ الأوَّلِ أمانَةٌ وَوِلايَةٌ ، وفى الثانى تَمَلُّكٌ ،

الإنصاف

ضَمِنَها فى مالِه . نصَّ عليه فى صَبِىٍّ كإتْلافِه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وفى « المُنْتَخَبِ » وغيرِه ، لا يضْمَنُ . الثَّانيةُ ، لو كان الصَّبِىُّ مُمَيِّزًا ، فعرَّفَ ، قال الحارِثِىُّ : فظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » عدَمُ الإجْزاءِ . والأظْهَرُ الإجْزاءُ ؛ لأنَّه يعْقِلُ التَّعْريفَ ، فالمَقْصودُ حاصِلٌ . واقْتصرَ على كلامِهما فى « القَواعِدِ الأُصوليَّةِ » .

قوله : وإنْ وجَدَها عَبْدٌ ، فلسَيِّدِه أخْذُها منه وتَرْكُها معه ، ويتَوَلَّى تَعْرِيفَها إذا كان عَدْلًا . للعَبْدِ أنْ يلْتَقِطَ ، وأنْ يُعَرِّفَها مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الفُروعِ » : له ذلك فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : يصِحُّ

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

والعَبْدُ ليس مِن أهْلِ الوِلاياتِ ولا التَّمَلُّكِ . ولَنا ، عُمُومُ الخَبرِ ، ولأنَّ الالْتِقاطَ سَبَبٌ يَمْلِكُ به الصَّبِىُّ ويَصِحُّ منه ، فَصَحَّ مِن العَبْدِ ، كالاصْطِيادِ والاحْتِطابِ ، ولأنَّ مَن جاز له قَبولُ الوَدِيعَةِ ، صَحَّ منه الالْتِقاطُ ، كالحُرِّ . قولُهم : إنَّ العَبْدَ ليس مِن أهْلِ الوِلاياتِ والأماناتِ . يَبْطُلُ

الإنصاف

التِقاطُه ، على المذهبِ . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وقيل : ليس له ذلك بغيرِ إذْنِ السَّيِّدِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وهو رِوايَةٌ ذكَرَها الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه . وجزَم به فى « البُلْغَةِ » . قال الحارِثِىُّ : وعن أبى بَكْرٍ ، يتوقَّفُ التِقاطُه على إذْنِ السَّيِّدِ . ذكَرَه السَّامَرِّىُّ ؛ أخْذًا مِن قوْلِه فى « التَّنْبِيهِ » : إذا الْتقطَ العَبْدُ ، فضاعَتْ منه أو أتْلفَها ، ضَمِنَها . قال : فسَوَّى بينَ الإتْلافِ والضَّياعِ ، ولم يُفَرِّقْ بينَ الحَوْلِ وبعدَه ، فدَلَّ على عدَمِ الصِّحَّةِ بدُونِ إذْنٍ . قال الحارِثِىُّ : وفى اسْتِنْباطِ السَّامَرِّىِّ نظَرٌ(1) .

قوله : فإنْ أتْلَفَها قبلَ الحَوْلِ ، فهى فى رَقَبَتِه – بلا نِزاعٍ – وإنْ أتْلَفَها بعدَه ، فهى فى ذِمَّتِه . هذا أحدُ القَوْلَيْن . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » : إذا أتْلَفَها بعدَ الحَوْلِ ، ففى ذِمَّتِه ، على الأظْهَرِ . ويأْتِى كلامُ الزَّرْكَشِىِّ على هذا القَوْلِ . وقيل : إنْ أتْلَفَها بعدَ الحَوْلِ ؛ فإنْ قُلْنا : يمْلِكُها . فهى فى ذِمَّتِه ، وإنْ قُلْنا : لايمْلِكُها . فهى فى رَقَبَتِه . وهذا المذهبُ على ما يأْتِى . واعلمْ

(1) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

بالصَّبِيِّ والمَجْنُونِ ، فإنَّهما أدْنَى حالًا منه فى هذا . وقولُهم : إن العَبْدَ لا يَمْلِكُ . مَمْنوعٌ ، وإن سَلَّمْنا ، فإنَّه يَتَمَلَّكُ لسَيِّدِه ، كما يَحْصُلُ بسائِرِ الاكْتِسابات ، ولأنَّ الالْتِقاطَ تَخْلِيصُ مالٍ مِن الهَلاكِ ، فجازَ مِن العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، كإنْقاذِ المالِ الغَرِيقِ والمَغْصُوبِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ اللُّقَطَةَ تكونُ أمانةً فى يَدِ العَبْدِ ، إن تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ فى حَوْلِ التَّعْرِيفِ لم يَضْمَنْ ، فإن عَرَّفَها ، صَحَّ تَعْرِيفُه ؛ لأنَّ له قَوْلًا صَحِيحًا ، فصَحَّ تَعْرِيفُه ، كالحُرِّ ، فإذا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ، مَلَكَها سَيِّدُه ؛ لأنَّ الالْتِقاطَ

الإنصاف

أنَّ العَبْدَ ، هل يحْصُلُ له المِلْكُ مِن غيرِ تَمْليكِ سيِّدِه ، أمْ لا ؟ فيه خِلافٌ سبَق فى أوَّلِ كتابِ الزَّكاةِ ، عندَ الفوائدِ التى ذُكِرَتْ هناك . فمتى أتْلَفَها ، أو فرَّطَ حتى تَلِفَتْ ؛ فإنْ كان قبلَ الحَوْلِ ، فهى فى رقَبَتِه . نصَّ عليه ، وعلى السَّيِّدِ الفِداءُ أو التَّسْليمُ ، وإنْ كان بعدَه ؛ فإنْ قلنا : يمْلِكُها . فهى فى ذِمَّتِه ، وإنْ قُلْنا : لا يمْلِكُها . فهى فى رَقَبَتِه . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . قال الحارِثِىُّ : وهذا إنَّما يتَّجِهُ على تَقْديرِ أنَّ السَّيِّدَ لم يمْلِكْ ؛ لكَوْنِه لم يتَمَلَّكْ ، اسْتِنادًا إلى تَوَقُّفِ المِلْكِ على التَّمَلُّكِ . وفيه بُعْدٌ . وقال فى « الشَّرْحِ » أيضًا : ويصْلُحُ أنْ ينْبَنِىَ على اسْتِدانَةِ العَبْدِ ، هل تتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّتِه ؟ على رِوايتَيْن . قال الحارِثِىُّ : وهو تَخْريجٌ حَسَنٌ ؛ لشِبْهِ الغُرْمِ بعدَ الإنْفاقِ بأداءِ المُقْتَرَضِ . وقال أبو بَكْرٍ ، فى « زادِ المُسافِرِ » : لأبى عَبْدِ اللهِ فى ضَمانِ ما أتْلَفَه العَبْدُ قَوْلان ، أىْ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، فى رَقَبَتِه كالجِنايَةِ . والأُخْرَى ، فى ذِمَّتِه . وبالأَوَّلِ أقولُ . قال السَّامَرِّىُّ : ولم يُفَرِّقْ قبلَ الحَوْلِ وبعدَه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : لا يتَّجِهُ الفَرْقُ فى التَّعَلُّقِ

الشرح الكبير

كَسْبُ العَبْدِ ، وكَسْبُه لسَيِّدِه . فإن عَلِمَ السَّيِّدُ بلُقَطَةِ عَبْدِه ، كان له انْتِزاعُها منه ؛ لأنَّها مِن كَسْبِ العَبْدِ ، وللسَّيِّدِ انْتِزاعُ كَسْبِه مِن يَدِه ، فإنِ انْتَزَعَها بعدَ أن عَرَّفَها العَبْدُ ، مَلَكَها ، وإن كان لم يُعَرِّفْها ، عَرَّفَها سَيِّدُه حَوْلًا ، وإن كان العَبْدُ عَرَّفَها بعضَ الحَوْلِ ، عَرَّفَها السَّيِّدُ تمامَه . وللسَّيِّدِ إقْرارُها فى يَدِ العَبْدِ إن كان أمِينًا ، ويكونُ مُسْتَعِينًا بعَبْدِه فى حِفْظِها ، كما يَسْتَعِينُ به فى حِفْظِ مالِه ، فإن كان العَبْدُ غيرَ أمِينٍ ، كان السَّيِّدُ مُفَرِّطًا بإقْرارِها فى يَدِه ، ولَزِمَه ضَمانُها ، كما لو أخَذَها مِن يَدِه ورَدَّها ؛ لأنَّ يَدَ العَبْدِ كيَدِه ، وما يَسْتَحِقُّ بها لسَيِّدِه . وإن أُعْتِقَ العَبْدُ بعد الالْتِقاطِ ، فله انْتِزاعُ اللُّقَطَةِ مِن يَدِه ؛ لأنَّها مِن كَسْبِه ، وأكْسابُه لسَيِّدِه . ومتى عَلِمَ العَبْدُ أن سَيِّدَه غيرُ مَأْمُونٍ عليها ، لَزِمَه سَتْرُها عنه ، ويُسَلِّمُها إلى الحاكِمِ ليُعَرِّفَها ، ثم يَدْفَعُها إلى سَيِّدِه بشَرْطِ الضَّمانِ . فإن أتْلَفَها العَبْدُ فى الحَوْلِ الأوَّلِ فهى فى رَقَبَتِه ، كجناياتِه ، وكذلك إن تَلِفَتْ بتَفْرِيطِه ، وإن أتْلَفَها بعدَه ، فهى فى ذِمَّتِه إن قُلْنا : إنَّ العَبْدَ يَمْلِكُها بعد التَّعْرِيفِ . وإن قُلْنا : لا يَمْلِكُها . فهو كما لو أتْلَفَها فى حَوْلِ التَّعْرِيفِ . ويَصْلُحُ أن يَنْبَنِيَ ذلك على اسْتِدانةِ العَبْدِ ، هل تتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّتِه ؟ على رِوايَتَين ، وقد مَرَّ ذِكْرُه فى الحَجْرِ .

الإنصاف

بالرَّقَبَةِ بينَ ماقبلَ الحوْلِ وبعدَه . قال الحارِثِيُّ : وهذا ضعيفٌ جدًّا . انتهى . وقال الزَّرْكَشِيُّ ، عن كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، ومَن تابعَه : كلامُهم مُتَوَجِّهٌ ، إنْ قُلْنا : إنَّ العَبْدَ يمْلِكُ . وإنْ قُلْنا : المِلْكُ للسَّيِّدِ ، كما صرَّح به أبو محمدٍ ، واقْتَضاه كلامُ صاحِبِ « التَّلْخيصِ » وغيرِه ، فالجِنايَةُ على مالِ السَّيِّدِ ، فلا تتَعَلَّقُ بذِمَّتِه ، ولا

المقنع

وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَهِىَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَايَأَةٌ فَهَلْ تَدْخُلُ فِى الْمُهَايَأَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥١٩ - مسألة : [١٩٧/٥ و] (والمُكاتَبُ كالحُرِّ) فى اللُّقَطَةِ ؛ لأنَّ المالَ له فى الحالِ ، وأكْسابُه له دُونَ سَيِّدِه ، وهى مِن أكْسابِه ، فإن عَجَز عاد عَبْدًا ، وصار حُكْمُه فى لُقَطَتِه حُكْمَ العَبْدِ . وأُمُّ الوَلَدِ والمُدَبَّرُ والمُعَلَّقُ عِتْقُه بصِفَةٍ ، كالقِنِّ (ومَنْ بعضُه حُرٌّ) إذا الْتَقَط لُقَطةً (فهى بَيْنَه وبينَ سَيِّدِه) إذا لم يكُنْ بينَهما مُهايَأَةٌ كالحُرَّيْن إذا الْتَقَطا لُقَطةً . (وإن كان بينَهما مُهايأةٌ ، لم تَدْخُلْ فى المُهايأةِ) فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّها كَسْبٌ

الإنصاف

برَقبَتِه ، بل الذى ينْبَغِى ، أنْ تتعَلَّقَ بذِمَّةِ السَّيِّدِ ، وإنْ قيل : إنَّ العَبْدَ لا يمْلِكُ ولا السَّيِّدَ . تعيَّنَ التَّعَلُّقُ برقَبَتِه ، كجنايَتِه[1] . انتهى . وقال فى « الكافِى » : وإنْ أتْلفَها العَبْدُ ، فحُكْمُ ذلك حُكْمُ جِنايَتِه . انتهى . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، جِنايَتُه فى رَقَبَتِه ، وإنْ خرَق ثوْبَ رجُلٍ ، فهو دَيْنٌ عليه .

قوله : والمُكاتَبُ كالحُرِّ . بلا نِزاعٍ . والمُدَبَّرُ ، والمُعَلَّقُ عِتْقُه بصِفَةٍ ، وأُمُّ الوَلَدِ ، كالعَبْدِ ، بلا نِزاعٍ أيضًا .

قوله[2] : ومَن بعضُه حُرٌّ ، فهى بينَه وبينَ سَيِّدِه ، إلَّا أنْ يكُونَ بينَهما مُهايَأَةٌ ، فهل تدْخُلُ فِى المهايَأةِ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » [٢٣٣/٢و] ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، لا تدْخُلُ فى المُهايَأةِ ، بل تكونُ بينَه وبينَ سَيِّدِه . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وقدَّمه فى

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

نادِرٌ ، لا يُعْلَمُ وُجودُه ، ولا يُظَنُّ ، فلم يَدْخُلْ فى المُهايَأةِ كالإِرْثِ . فعلى هذا ، يكونُ بينَهما . والثانى ، يَدْخُلُ فى المُهايَأةِ ؛ لأنَّها مِن كَسْبِه ، أشْبَهتْ سائِرَ أكْسابِه ، فيكونُ لمَن يُوجَدُ فى يَوْمِه . وكذلك الحُكْمُ فى الهَدِيَّةِ والوَصِيَّةِ وسائِرِ الأكْسابِ النادِرَةِ ، فيها الوَجْهانِ . فإن كان العَبْدُ بين اثْنَيْن شَرِكَةً فلُقَطَتُه بينَهما ، على ما ذَكَرْنا فى مَن بعضُه حُرٌّ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

« المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، تدْخُلُ فى المُهايَأةِ ، فإذا وجَدَها فى نَوْبَةِ أحَدِهما ، فهى له . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » .

فائدة : وكذا الحُكْمُ فى النَّادِرِ مِن[1] كَسْبِ المُعْتَقِ بعضُه ؛ كالهِبَةِ ، والهَدِيَّةِ ، والوَصِيَّةِ ، ونحوِها ، خِلافًا ومذهبًا .

تنبيه : الخِلافُ هنا ، مَبْنِىٌّ على الخِلافِ فى دُخولِ نَوادِرِ[2] الأكْسابِ ؛ كالوَصِيَّةِ ، والهَدِيَّةِ ، والرِّكازِ . قالَه الحارِثِىُّ .

فوائد ؛ منها ، لو وجَد لُقَطَةً فى غيرِ طريقٍ مَأْتِىٍّ ، فهى لُقَطَةٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفائقِ » . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ أنَّه كالرِّكازِ . واخْتارَه فى « الفائقِ » ، وجعَلَه فى « الفُروعِ » توْجيهًا له . ومنها ، لو أُخِذَ مَتاعُه ، أو ثَوْبُه ، وتُرِكَ له بدَلُه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ أنَّه لُقَطَةٌ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ القاسِمِ ، وابنِ بخْتانَ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفُروعِ » ،

---

(١) فى الأصل : « ضمن » .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يُعَرِّفُه مع قَرينَةِ سَرِقَةٍ . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ . قلتُ : وهو عَيْنُ الصَّوابِ . قال الحارِثِيُّ : وهذا حَسَنٌ . وقال : قد يُقالُ فيه بمَعْنى مسْأَلَةِ الظَّفَرِ . ومذهبُ أحمدَ ، منعُ الأخذِ فيها . فعليها ، هل يتَصَدَّقُ به[1] بعدَ تَعْرِيفِه ؟ إنْ قُلْنا : يُعَرِّفُه ، أو يأْخُذُ حَقَّه بنَفْسِه ، أو بإذْنِ حاكِمٍ . فيه أوْجُهٌ . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » . قال المُصَنِّفُ ، وتابعَه الشَّارِحُ : القَوْلُ بأخْذِ حَقِّه بنَفْسِه أقْرَبُ إلى الرِّفْقِ بالنَّاسِ . قال الحارِثِيُّ : وهذا قَوِىٌّ على أصْلِ مَن يرَى أنَّ العَقْدَ لا يتَوَقَّفُ على اللَّفْظِ ، أمَّا على التَّوَقُّفِ ، فلا يُكْتَفَى بمِثْلِ هذا . قال : وبالجُمْلَةِ ، فالأظْهَرُ الجَوازُ . ورَجَّحَه المُصَنِّفُ . ومنها ، لو وجَد فى جَوْفِ حَيوانٍ دُرَّةً ، أو نَقْدًا ، فهو لُقَطَةٌ لواجِدِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وصحَّحه . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، تكونُ لُقَطَةً[2] للبائعِ إنِ ادَّعاه ، إلَّا أنْ يدَّعِىَ المُشْتَرِى أنَّه أكَلَه عندَه ، فهو له . فأمَّا إنْ كانتِ الدُّرَّةُ غيرَ مثْقُوبَةٍ فى السَّمَكَةِ ، فهى للصَّيَّادِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ ابْتِلاعُها مِن مَعْدِنِها . ومنها ، لو وجَد لُقَطَةً بدارِ الحَرْبِ وهو فى الجَيْشِ ، عرَّفَها ، ثم وضَعَها فى المَغْنَمِ . نصَّ عليه . وإنْ كان دخَل بأمانٍ ، عرَّفَها ، ثم هى له ، إلَّا أنْ يكونَ فى جَيْشٍ ، فهى كالتى قبلَها . وإنْ دخَل مُتَلَصِّصًا ، عرَّفَها ، ثم هى كالغَنِيمَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويحْتَمِلُ أنْ تكونَ له مِن غيرِ تَعْريفٍ . ذكَرَه المُصَنِّفُ . قلتُ : وهذا هو الصَّوابُ ، وكيفَ يُعَرِّفُ ذلك ؟

(١) سقط من : الأصل .
(٢) زيادة من : ا .

الإنصاف ومنها ، مُؤْنَةُ رَدِّ اللُّقَطَةِ على رَبِّها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقالَه القاضى فى « التَّعْلِيقِ » ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، لتبرُّعِه . ومَعْناه فى « شَرْحِ المَجْدِ » ، فى عدَمِ سُقوطِ الزَّكاةِ بتَلَفِ المالِ قبلَ التَّمكُّنِ . وقال فى « التَّرْغيبِ » ، و « الرِّعايَةِ » : مُؤْنَةُ الرَّدِّ على المُلْتَقِطِ . ومنها ، ضَمانُها بمَوْتِه ، كالوَدِيعَةِ . وقيل : به بعدَ الحَوْلِ ، ووارِثُه كهُوَ . ومنها ، الالْتِقاطُ يشْتَمِلُ على أمانَةٍ واكْتِسابٍ . قال الحارِثِيُّ : وللنَّاسِ خِلافٌ فى المُغَلَّبِ منهما ؛ منهم مَن قال : الكَسْبُ . ووَجَّه بأنَّه ملاكُ[1] الأمْرِ . ومنهم مَن قال : الأمانَةُ . وهو الصَّحيحُ ؛ لأنَّ المَقْصودَ إيصالُ الشىءِ إلى أهْلِه ، ولأجْلِه شُرِعَ الحِفْظُ والتَعْريفُ أوَّلًا والمِلْكُ آخِرًا ، عندَ ضَعْفِ التَّرَجِّى للمالِكِ . ومنها ، لوِ اسْتَيْقَظَ فوجَد فى ثَوْبه دَراهِمَ ، لايعْلَمُ مَن صَرَّها ، فهى له ، ولا تَعْريفَ . ولأحمدَ نصٌّ يُوجِبُ التَّعْريفَ ويَنْفِى المِلْكَ . ومنها ، لو ألْقَتِ الرِّيحُ إلى دارِه ثَوْبَ إنْسانٍ ؛ فإنْ جَهِلَ المالِكَ ، فلُقَطَةٌ ، وإنْ عَلِمَه ، دفَعَه إليه ، فإنْ لم يفْعَلْ ، ضَمِنَ بحَبْسِ مالِ الغيرِ مِن غيرِ إذْنٍ ولا تَعْريفٍ . ومنها ، لو سقَط طائرٌ فى دارِه ، فقال فى « المُغْنِى » : لايلْزَمُه حِفْظُه ولا إعْلامُ صاحِبِه ؛ لأنَّه مَحْفوظٌ بنَفْسِه ، وهذا ما لم ينْقَطِعْ عنه ، أمَّا إنِ انْقَطَع ، وجَب حِفْظُه والدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه ضائعٌ عنه .

(١) فى الأصل ، ا : « مآل » .

المقنع

بَابُ اللَّقِيـطِ

[١٥١ و]وَهُوَ الطِّفْلُ الْمَنْبُوذُ .

الشرح الكبير

بابُ اللَّقِيطِ

(وهو الطِّفْلُ المَنْبُوذُ) واللَّقِيطُ بمَعْنَى المَلْقُوطِ ، كالقَتِيلِ والجَرِيحِ . والْتِقاطُه واجِبٌ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾[1] . ولأنَّ فيه إحْياءَ نَفْسِه ، فكان واجِبًا ، كإطْعامِه إذا اضْطُرَّ ، وإنْجائِه مِن الغَرَقِ . وهو من فُرُوضِ الكِفاياتِ ، إذا قام به مَن يَكْفِى سَقَط عن الباقِين ، وإن تَرَكَه الجماعةُ ، أثِمُوا كُلُّهُم إذا تَرَكُوه مع إمْكانِ أخْذِه . وقد رُوِىَ عن سُنَيْنٍ أبى جَمِيلَةَ ، قال : وَجَدْتُ مَلْقُوطًا فأتَيْتُ به عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فقالَ عَرِيفِى : يا أميرَ المُؤْمِنينَ ، إنَّه رَجُلٌ صالِحٌ . فقال عُمَرُ : أكَذلِكَ هُوَ ؟ قال : نعم . قال : فَاذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ ، ولَكَ وَلاؤُه ، وعَلَيْنا نفقَتُه . رَواه سَعِيدٌ[2] عن سُفْيانَ عن الزُّهْرِىِّ ، سَمِعَ سُنَيْنًا أبا جَمِيلةَ بهذا ، وقال : وعَلَيْنا رَضَاعُهُ .

الإنصاف

بابُ اللَّقِيطِ

فائدة : قولُه : وهو الطِّفْلُ المَنْبُوذُ . قال الحارِثِىُّ : تعْريفُ اللَّقِيطِ بالمَنْبوذِ يحْتاجُ إلى إضْمارٍ ؛ لتَضادٍّ ما بينَ اللَّقْطِ والنَّبْذِ ، كما بُيِّنَ . ومع هذا فليس جامِعًا ؛

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) وأخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المنبوذ ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٣٨ . والبيهقى ، فى : باب التقاط المنبوذ ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/٢٠١ ، ٢٠٢ .

المقنع وَهُوَ حُرٌّ ،..

الشرح الكبير **٢٥٢٠** – مسألة : (وهو حُرٌّ) اللَّقِيطُ حُرٌّ ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ ، إلَّا النَّخَعِىَّ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمعَ عوامُّ أهْلِ العِلْمِ على أنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ . رُوِىَ هذا القولُ عن عُمَرَ ، وعَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وبه قال عُمَرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، والشَّعْبِىُّ ، والحَكَمُ ، وحَمّادٌ ، ومالكٌ ،

الإنصاف لأنَّ الطِّفْلَ قد يكونُ ضائعًا لا مَنْبُوذًا . ومنهم مَن عرَّفَ بأنَّه الضَّائعُ . وفيه ما فيه . وقال فى « الرِّعايتَيْن » : وهو كلُّ طِفلٍ نُبِذَ ، أو ضَلَّ .

تنبيه : قولُه : وهو الطِّفْلُ . يعْنِى ، فى الواقعِ فى الغالِبِ ، وإلَّا فهو لَقِيطٌ إلى سِنِّ التَّمْييزِ فقط . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الحارِثِىِّ » . وقيلَ : والمُمَيِّزُ أيضًا إلى البُلُوغِ . قال فى « الفائقِ » : وهو المَشْهورُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ . [٢/٢٣٣ظ] قال فى « التَّلْخيصِ » : والمُخْتارُ عند أصحابِنا أنَّ المُمَيِّزَ يكونُ لَقِيطًا ؛ لأنَّهم قالوا : إذا الْتَقَطَ رجُلٌ وامْرأَةٌ معًا مَن له أكثرُ مِن سَبْعِ سِنِين ، أُقْرِعَ بينَهما[1] ، ولم يُخَيَّرْ ، بخِلافِ الأَبوَيْن .

قولُه : وهو حُرٌّ . يعْنِى[2] ، فى جميعِ أحْكامِه . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : إلَّا فى القَوَدِ . ومِثْلُه دَعْوَى قاذِفِه رِقَّه[3] ، على ما يأْتِى .

(١) زيادة من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : ط .

المقنع يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، ومَن تَبِعَهُم . وقال النَّخَعِىُّ : إنِ الْتَقَطَه للْحِسْبَةِ ، فهو حُرٌّ ، وإن كان أرادَ أن يَسْتَرِقَّه ، فذلك له . وهذا قولٌ شَذَّ فيه عن الخُلَفاءِ والعُلَماءِ ، ولا يَصِحُّ فى النَّظَرِ ، فإنَّ الأصْلَ فى الآدَمِيِّينَ الحُرِّيَّةُ ، فإنَّ اللهَ تعالى خَلَقَ آدمَ وذُرِّيَّتَه أحْرارًا ، وإنَّما الرِّقُّ لعارِضٍ ، فإذا لم يُعْلَمْ ذلك العارِضُ ، فله [١٩٧/٥ ظ] حُكْمُ الأصْلِ .

٢٥٢١ - مسألة : (يُنْفَقُ عليه مِن بَيْتِ المالِ إن لم) يُوجَدْ (معه ما يُنْفَقُ عليه) إذا لم يُوجَدْ مع اللَّقِيطِ شىءٌ ، لم يَلْزَمِ المُلْتَقِطَ الإنْفاقُ عليه ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه مِن أهْلِ العِلْمِ على أنَّ نَفَقَةَ اللَّقِيطِ غيرُ واجبَةٍ على المُلْتَقِطِ كوُجُوبِ نَفَقةِ الوَلَدِ . وذلك لأنَّ أسْبابَ وُجُوبِ النَّفَقةِ مِن القَرابةِ ، والزَّوْجِيَّةِ ،

الإنصاف **فائدة** : يُسْتَحَبُّ للمُلْتَقِطِ الإشْهادُ عليه وعلى ما معه . على الصَّحيحِ مِنَ المَذهبِ . وقيل : يجِبُ . وتقدَّم نَظِيرُه فى اللُّقَطَةِ .

تنبيه : قولُه : يُنْفَقُ عليه مِن بَيْتِ المالِ ، إنْ لم يكُنْ معه ما يُنْفَقُ عليه . بلا نِزاعٍ . لكِنْ إنْ تعذَّرَ ، اقْتَرَضَ[1] الحاكِمُ عليه . قالَه الحارِثِىُّ . فإنْ تعذَّرَ ، فعلى مَن عَلِمَ حالَه الإنْفاقُ ، فهى فَرْضُ كِفايَةٍ ، كالْتِقاطِه[2] . وهذا الإنْفاقُ يجِبُ مجَّانًا عندَ

---

(١) فى ط : « أقرض » .
(٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

والمِلْكِ ، والوَلاءِ ، مُنْتَفِيَةٌ ، فالالْتِقاطُ إنَّما هو تَخْلِيصٌ له مِن الهلاكِ ، وتَبرُّعٌ بحِفْظِه ، فلا يُوجِبُ ذلك النَّفَقَةَ ، كما لو فَعَلَه بغيرِ اللَّقِيطِ . وتَجِبُ نفقَتُه فى بَيْتِ المالِ ، لقولِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى حَدِيثِ أبى جَميلةَ : اذْهَبْ فهو حُرٌّ ، ولك وَلاؤُه ، وعلينا نَفَقَتُه . وفى روايةٍ : مِن بيتِ المالِ . ولأنَّ بيتَ المالِ وارِثُه ، ومالُه مَصْرُوفٌ إليه ، فكانت نَفَقَتُه عليه ، كقرابَتِه ومَوْلاه . فإن تَعذَّرَ الإِنْفاقُ عليه مِن بَيْتِ المالِ ، لكَوْنِه لا مالَ فيه ، أو كان فى مكانٍ لا إمامَ فيه ، أو لم يُعْطَ شيئًا ، فعَلَى من عَلِمَ حالَه مِن المُسْلِمِينَ الإِنْفاقُ عليه ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ . ولأنَّ فى تَركِ الإِنْفاقِ عليه هَلاكَه ، وحِفْظُه مِن ذلك واجِبٌ ، كإنْقاذِه مِن الغَرَقِ . وهو فَرْضُ كِفايةٍ ، ومن أنْفَقَ عليه مُتَبرِّعًا ، فلا شيءَ له ، سواءٌ كان المُلْتَقِطَ أو غيرَه ، وإن لم يَتبرَّعْ أحَدٌ بالإِنْفاقِ عليه ، فأنْفَقَ عليه المُلْتَقِطُ أو غيرُه مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ عليه إذا أيْسَرَ ، وكان ذلك بأمْرِ الحاكِمِ ، لَزِم اللَّقِيطَ ذلك إذا كانتِ النَّفَقَةُ قَصْدًا بالمَعْرُوفِ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ . فإن أنْفَقَ بغيرِ أمْرِ الحاكِمِ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ عليه ، فقال أحمدُ : تُؤَدَّى النَّفَقَةُ مِن بيتِ المالِ . وقال شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِىُّ : يَرْجِعُ عليه بالنَّفَقَةِ إذا أشْهَدَ عليه ، يحْلِفُ ما أنْفَقَ

الإنصاف

القاضى وجماعةٍ ؛ منهم صاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . واخْتارَه صاحِبُ « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » ، وقالا : له أنْ يُنْفِقَ عليه مِنَ الزَّكاةِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو أصحُّ . وقال : وكلامُ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى »

الشرح الكبير

احْتِسابًا ، فإن حَلَف اسْتُسْعِىَ[1] . وقال الشَّعْبِىُّ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومحمدُ بنُ الحَسَنِ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يَرْجِعُ بشىءٍ ؛ لأنَّه أنْفَقَ عليه مِن غيرِ إذْنِه ، ولا إذْنِ وَلِيِّه ، ولا إذْنِ الحاكِمِ ، فلم يَرْجِعْ بشىءٍ ، كما لو تَبَرَّعَ به . ولَنا ، أنَّه أدَّى مالًا وَجَب على غيرِه ، فكان له الرُّجُوعُ على مَن كان الوُجُوبُ عليه ، كالضّامِنِ إذا قَضَى عن المَضْمُونِ عنه .

الإنصاف

يقْتَضِى ثُبوتَ العِوَضِ للمُنْفِقِ[2] ، إنِ اقْتَرنَ بالإنْفاقِ قَصْدُ الرُّجوعِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ؛ لأنَّه جعَل الإنْفاقَ عليه بِنِيَّةِ الرُّجوعِ ، كمَن أدَّى حَقًّا واجِبًا عن غيرِه . على ما تقدَّم فى بابِ الضَّمانِ . وقال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والسَّبْعِين » : نفَقَةُ اللَّقِيطِ خرَّجَها بعضُ الأصحابِ على الرِّوايتَيْن ، فى مَن أدَّى حَقًّا واجِبًا عن غيرِه ، على ما تقدَّم فى بابِ الضَّمانِ ، ومنهم مَن قال : يرْجِعُ هنا ، قوْلًا واحدًا . وإليه مَيْلُ صاحِبِ « المُغْنِى » ؛ لأنَّ له وِلايَةً على اللَّقِيطِ . ونصَّ أحمدُ ، أنَّه يرْجِعُ بما أنْفقَه على بَيْتِ المالِ . انتهى . وقال النَّاظِمُ : إنْ نوَى الرُّجوعَ ، واسْتَأْذَنَ الحاكِمَ ، رجَع على الطِّفْلِ بعدَ الرُّشْدِ ، وإلَّا رجَع على بَيْتِ المالِ . قال الحارِثِىُّ : وناقَضَ السَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، فقالا ، بعدَ تَعذُّرِ الاقْتِراضِ على بَيْتِ المالِ ، وامْتِناعِ مَن وجَب عليه الإنْفاقُ مجَّانًا : إنْ أنْفقَ المُلْتَقِطُ ، رجَع على اللَّقِيطِ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن ، والأُخْرَى ، لا يرْجِعُ ما لم يكُنِ الحاكِمُ أذِنَ له فى الإنْفاقِ . زادَ فى « التَّلْخيصِ » ، والأصحُّ أنَّه يرْجِعُ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : والوُجوبُ مجَّانًا

---

(١) أى اللقيط .

(٢) فى ط : « للمنقول » .

المقنع وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، إِلَّا أَنْ يُوجَدَ فِى بَلَدِ الْكُفَّارِ وَلَا مُسْلِمَ فِيهِ ، فَيَكُونَ كَافِرًا . فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٥٢٢** - مسألة : (ويُحْكَمُ بإسْلامِه ، إلَّا أن يُوجَدَ فى بَلَدِ الكُفّارِ ولا مُسْلِمَ فيه ، فيكونَ كافِرًا . فإن كان فيه مُسْلِمٌ ، فعلى وَجْهَيْن) إذا وُجِدَ اللَّقِيطُ فى دارِ الإسْلامِ ، فهو مَحْكُومٌ بإسْلامِه [١٩٨/٥ و] وإن كان فيها أَهْلُ الذِّمَّةِ ؛ تَغْلِيبًا للإسْلامِ ، ولظاهِرِ الدّارِ ، ولأنَّ الإسْلامَ يَعْلُو ولا يُعْلَى . ودارُ الإسْلامِ قِسْمان ؛ أحدُهما ، ما اختَطَّهُ المُسْلِمونَ ؛ كبَغْدادَ ، والبَصْرَةِ ، فلَقِيطُها مَحْكُومٌ بإسْلامِه ، على ما ذَكَرْنا . الثانى ، دارٌ فَتَحَها المُسْلِمونَ ؛ كمَدائِنِ الشّامِ ، فهذه إن كان فيها مُسْلِمٌ حُكِمَ بإسْلامِ لَقِيطِها ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ لذلك المُسْلِمِ ، تَغْلِيبًا للإسْلامِ ، وإن لم يَكُنْ فيها مُسْلِمٌ ، بل كان أهْلُها أهْلَ ذِمَّةٍ ، حُكِمَ بكُفْرِه ؛ لأنَّ تَغْلِيبَ حُكْمِ

الإنصاف واسْتِحْقاقُ العِوَضِ لا يجْتَمِعان ، وإنَّما ذلك ، واللهُ أعلمُ ، ما إذا كان للَّقِيطِ مالٌ تعَذَّرَ إنْفاقُه لمانعٍ ، أو يُنْتَظَرُ حصُولُه مِن وَقْفٍ ، أو غيرِه .

قوله : ويُحْكَمُ بإسْلامِه - بلا نِزاعٍ - إلَّا أنْ يُوجَدَ فى بَلَدِ الكُفَّارِ ، ولا مُسْلِمَ فيه ، فيَكُونَ كافِرًا . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : فالمذهبُ عندَ الأصحابِ ، الحُكْمُ بكُفْرِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وقال القاضى : يُحْكَمُ بإسْلامِه أيضًا ؛ لأنَّه يحْتَمِلُ أنْ يكونَ فيه مُؤْمِنٌ يكْتُمُ إيمانَه . قال الحارِثِىُّ : وحكَى صاحِبُ « المُحَرَّرِ » وَجْهًا بأنَّه مُسْلِمٌ ؛ اعْتِبارًا بفَقْدِ أبَوَيْه .

الشرح الكبير

الإسْلامِ إنَّما يكونُ مع الاحْتِمالِ . فأمّا بَلَدُ الكُفّارِ فضَرْبانِ ؛ أحَدُهما ، بَلَدٌ كان للمسلمين فغَلَبَ الكُفّارُ عليه ، كالسّاحِلِ ، فهذا كالقِسْمِ الذى قبلَه : إن كان فيه مُسْلِمٌ حُكِمَ بإسْلامِ لَقِيطِه ، وإن لم يَكُنْ فيه مُسْلِمٌ فهو كافِرٌ . وقال القاضِى : يُحْكَمُ بإسْلامِه أيضًا ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ فيه مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ إيمانَه ، بخِلافِ الذى قبلَه ، فإنَّه لا حاجَةَ به إلى كَتْمِ إيمانِه فى دارِ الإسْلامِ . الثّانى ، دارٌ لم تكُنْ للمسلمين أصْلًا ؛ كبِلادِ الهِنْدِ والرُّومِ ، فإن لم يَكُنْ فيها مُسْلِمٌ ، فلَقِيطُها كافِرٌ ؛ لأنَّ الدّارَ لهم وأهْلَها منهم . وإن كان فيها مُسْلِمونَ ؛ كالتُّجّارِ ، وغيرِهم ، ففيه وَجْهانِ ؛

الإنصاف

فائدة : لو كان فى دارِ الإسْلامِ بَلَدٌ ، كلُّ أهْلِها أهْلُ[1] ذِمَّةٍ ، ووُجِدَ فيها لَقِيطٌ ، حُكِمَ بكُفْرِه ، وإنْ كان فيها مُسْلِمٌ ، حُكِمَ بإسْلامِه ، قوْلًا واحدًا فيهما ، عندَ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وغيرِهم . وقيل : يُحْكَمُ بإسْلامِه إذا كان كلُّ أهْلِها أهْلَ[2] ذِمَّةٍ . قال الحارِثِىُّ : اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ .

قوله : فإنْ كان فيه مُسْلِمٌ ، فعلى وَجْهَيْن . يعْنِى ، إذا كان فى بلَدِ الكُفَّارِ مُسْلِمٌ ولو واحِدًا . قالَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ »، و« المُذْهَبِ »، و« المُسْتَوْعِبِ »، و« الخُلاصةِ »، و « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الكافِى » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ أحدُهما ، يُحْكَمُ بكُفْرِه . وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ،

---

(١) سقط من : ط .

(٢) زيادة من : ا .

المقنع وَمَا وُجِدَ مَعَهُ ؛ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ، أَوْ مَالٍ فِي جَيْبِهِ أَوْ تَحْتَ فِرَاشِهِ ، أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِثِيَابِهِ ، فَهُوَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ مَدْفُونًا

الشرح الكبير أحدُهما ، يُحْكَمُ بإسْلامِه ، تَغْلِيبًا للإِسْلامِ . والثّانى ، يُحْكَمُ بكُفْرِه ، تَغْلِيبًا للدّارِ والأَكْثَرِ . وهذا التَّفْصِيلُ مَذْهَبُ الشافعىِّ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ عَوامُّ أهْلِ العِلْمِ على أنَّ الطِّفْلَ إذا وُجِدَ فى بلادِ المسلمين مَيِّتًا فى أىِّ مكانٍ وُجِدَ ، أنَّه يَجِبُ غَسْلُه ودَفْنُه فى مقابرِ المسلمين ، وقد مَنَعُوا أن يُدْفَنَ أطْفالُ المُشْرِكين فى مقابرِ المسلمين . قال : وإذا وُجِدَ لَقِيطٌ فى قَرْيَةٍ ليس فيها إلَّا مُشْرِكٌ ، فهو على ظاهِرِ ما حَكَمُوا به أنَّه كافِرٌ . هذا قولُ الشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ .

٢٥٢٣ – مسألة : (وما وُجِدَ معه ؛ من فِراشٍ تَحْتَه ، أو ثِيابٍ ، أو مالٍ فى جَيْبِه أو تَحْتَ فِراشِه ، أو حَيوانٍ مَشْدُودٍ بِثِيابِه ، فهو له . وإن

الإنصاف و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثّانى ، يُحْكَمُ بإسْلامِه . جزَم به فى « الوَجيزِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال الحارِثِىُّ : مَثَّل الأصحابُ فى المُسْلِمِ هنا بالتَّاجِرِ والأَسِيرِ ، واعْتَبرُوا إقامَتَه زَمَنًا ما ، حتى صرَّح فى « التَّلْخيصِ » ، أنَّه لا يكْفِى مُرورُه مُسافِرًا . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وإنْ كان فيها مُسْلِمٌ ساكِنٌ ، فاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ . الثَّانيةُ ، قال فى « الفائقِ » : لو كَثُرَ المُسْلِمون فى بلَدِ الكُفَّارِ ، فلَقِيطُها مُسْلِمٌ . وقالَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرُهم . ومَثَّل مِسْألَةَ الخِلافِ فى « الرِّعايَةِ » بالمُسْلِمِ الواحِدِ .

قوله : وما وُجِدَ معه ؛ مِن فِراشٍ تحته ، أو ثِيابٍ ، أو مالٍ فى جَيْبِه أو تحتَ فِراشِه ، أوْ حَيَوانٍ مَشْدُودٍ بثِيابِه ، فهو له . وهذا بلا نِزاعٍ . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ،

المقنع

تَحْتَهُ ، أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيبًا مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

كان مَدْفُونًا تَحْتَه ، أو مَطْرُوحًا قريبًا منه ، فعلى وَجْهَيْنِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ ما وُجِدَ مع اللَّقِيطِ فهو له ، يُنْفَقُ عليه منه . وبه قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لأنَّ الطِّفْلَ يَمْلِكُ ، وله يَدٌ صَحِيحَةٌ ، بدَلِيلِ أنَّه يَرِثُ ويُورَثُ ، ويَصِحُّ أن يَشْتَرِىَ له وَلِيُّه ويَبِيعَ ، ومَن له مِلْكٌ صَحِيحٌ فله يَدٌ صَحِيحةٌ ، كالبالِغِ . إذا ثَبَت هذا ، فكلُّ ما كان مُتَّصِلًا به أو مُتَعلِّقًا بمَنْفَعَتِه ، فهو تحتَ يَدِه ، ويَثْبُتُ بذلك مِلْكًا له فى الظَّاهِرِ ، فمِن [٥/١٩٨ ظ] ذلك ، ما كان لابِسَه ، أو مَشْدُودًا فى مَلْبُوسِه ، أو فى يَدَيْهِ ، أو تحته مَجْعُولًا[1]

الإنصاف

و « الكافِى » ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، وغيرُهم : وكذا لو كان مَدْفُونًا[2] فى دارٍ ، أو خَيْمَةٍ ، تكونُ له . وظاهِرُ كلامِ المَجْدِ وجماعَةٍ خِلافُه .

قوله : وإنْ كان مَدْفُونًا تحتَه - يعْنِى ، إذا كان الدِّفْنُ طَرِيًّا - أو مَطْرُوحًا قَرِيبًا منه ، فعلى وَجْهَيْن . ذكَر المُصَنِّفُ هنا مَسْأَلَتَيْن ؛ إحْداهما ، إذا كان مدْفُونًا [٢/٢٣٤و] تحتَه ، والدِّفْنُ طَرِيًّا ، فأَطْلَقَ فيه وَجْهَيْن ، وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الشَّرْحِ » ؛ أحدُهما ، يكونُ له . وهو المذهبُ ، صحَّحه[3] فى « التَّصْحيحِ » . وقطَع به ابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « تذكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يكونُ له . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) فى م : « أو مجعولًا » .

(٢) فى ط : « مجعولًا » .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فيه ؛ كالسَّريرِ ، والسَّفَطِ[1] ، وما فيه من فَرْشٍ أو دَراهِمَ ، والثِّيابُ التى تحتَه والتى عليه . وإن كان مَشْدُودًا على دابَّةٍ ، أو كانت مَشْدُودَةً فى ثِيابِه ، أو كان فى خَيْمَةٍ أو دارٍ ، فهى له . وأمّا المُنْفَصِلُ عنه ، فإن كان بعيدًا منه ، فليس فى يَدِه . وإن كان قَرِيبًا منه ؛ كثَوْبٍ مَوْضُوعٍ إلى جانِبه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، ليس له ذلك ؛ لأنَّه مُنْفَصِلٌ عنه ، فهو كالبَعِيدِ . والثانى ، هو له ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّه تُرِكَ له ، فهو كالذى تَحْتَه ، ولأنَّ القَرِيبَ مِن البالِغِ يكونُ فى يَدِه ، ألا تَرَى أنَّ الرجلَ يَقْعُدُ فى السُّوقِ وَمَتاعُه بقُرْبِه ، ويُحْكَمُ بأنَّه فى يَدِه ، والحَمّالُ إذا جَلَس للاسْتِراحَةِ ، تَرَك حِمْلَه قريبًا منه . وهذا أصَحُّ . فأمَّا المَدْفُونُ تَحْتَه ، فقال ابنُ عَقِيلٍ : إن كان الحَفْرُ

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وهو المذهبُ ، على المُصْطَلَحِ فى الخُطْبَةِ . وحكَى فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » وَجْهًا ، أنَّه له ، ولو لم يكُنِ الدِّفْنُ طَرِيًّا . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وهو بعيدٌ جدًّا . ولم يذْكُرْه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ »[2] ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . الثَّانيةُ[3] ، إذا كان مَطْرُوحًا قريبًا منه ، فأَطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه الوَجْهَيْن ، وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ،

(١) السفط : وعاء يوضع فيه الطيب ونحوه من أدوات النساء .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ط : « الثالثة » .

المقنع

وَأَوْلَى النَّاسِ بِحَضَانَتِهِ وَاجِدُهُ إِنْ كَانَ أَمِينًا .

الشرح الكبير

طَرِيًّا فهو له ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّه إذا كان طَرِيًّا فواضِعُ اللَّقِيطِ حَفَرَه ، وإذا لم يَكُنْ طَرِيًّا ، كان مَدْفُونًا قبل وَضْعِه . وقيل : ليس هو له بحالٍ ؛ لأنَّه بمَوْضِعٍ لا يَسْتَحِقُّه إذا لم يَكُنِ الحَفْرُ طَرِيًّا ، فلم يَكُنْ له إذا كان طَرِيًّا ، كالبَعِيدِ منه ، ولأنَّ الظّاهِرَ أنَّه لو كان له ، لَشَدَّه واضِعُه فى ثِيابِه ، ليُعْلَمَ به ، ولم يَتْرُكْه فى مكانٍ لا يُطَّلَعُ عليه . وكلُّ ما حَكَمْنا بأنَّه ليس له ، فحُكْمُه حُكْمُ اللُّقَطَةِ أو الرِّكازِ .

٢٥٢٤ – مسألة : (وأَوْلَى النّاسِ بحَضانَتِه واجِدُه إن كان أمِينًا) لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أقَرَّ اللَّقِيطَ فى يَدِ أبى جَمِيلَةَ ، حين قال عَرِيفُه : إنَّه رَجُلٌ صالِحٌ . ولأنَّه سَبَقَ إليه ، فكان أوْلَى به ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ

الإنصاف

و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ؛ أحدُهما ، يكونُ له . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الخُلاصةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يكونُ له . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . واخْتارَه ابنُ البَنَّا . ولنا قَوْلٌ ثالثٌ فى أصْلِ المَسْألَتَيْن بالفَرْقِ بين المُلْقَى قريبًا منه وبينَ المَدْفُونِ تحتَه ، فيكونُ المُلْقَى القريبُ له دُونَ المَدْفُونِ تحتَه . قالَه فى « المُجَرَّدِ » ، وقطَع به . قال الحارِثِىُّ : ويقْتَضِيه إيرادُه فى « المُغْنِى » . قلتُ : قدَّم فى « الكافِى » ، و « النَّظْمِ » ، أنَّه لا يمْلِكُ المَدْفُونَ . وأطْلَقا فى المُلْقَى القريبِ الوَجْهَيْن ، كما تقدَّم .

المقنع وَلَهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ . وَعَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ .

الشرح الكبير سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[1] . وهل يَجِبُ الإِشْهادُ عليه ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَجِبُ ، كما لا يَجِبُ الإِشْهادُ فى اللُّقَطَةِ . والثّانى ، يَجِبُ ؛ لأنَّ القَصْدَ بالإِشْهادِ حِفْظُ النَّسَبِ والحُرِّيَّةِ ، فاخْتَصَّ بوُجُوبِ الشَّهادَةِ ، كالنِّكاحِ . وفارَقَ اللُّقَطَةَ ؛ فإنَّ المَقْصُودَ منها حِفْظُ المالِ ، فلم يَجِبِ الإِشْهادُ فيها ، كالبَيْعِ .

٢٥٢٥ - مسألة : (وله الإِنْفاقُ عليه ممّا وُجِدَ معه بغيرِ إذْنِ حاكِمٍ . وعنه ، ما يَدُلُّ على أنَّه لا يُنْفِقُ عليه إلَّا بإِذْنِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه يُنْفِقُ على اللَّقِيطِ ممّا وُجِدَ معه وما حُكِمَ له به ، فإن كان فيه كِفايَتُه ، لم تَجِبْ نَفَقَتُه على أحَدٍ ؛ لأنَّه ذو مالٍ ، فأشْبَهَ غيرَه مِن النّاسِ . ولمُلْتَقِطِه الإِنْفاقُ عليه منه بغيرِ إذْنِ [٥/١٩٩ و] الحاكِمِ . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ ؛ لأنَّه وَلِيُّه ، فلم يُعْتَبَرْ فى الإِنْفاقِ عليه إذْنُ الحاكِمِ ، كوَلِيِّ اليَتِيمِ . ولأنَّ هذا مِن الأمْرِ بالمَعْرُوفِ ، فاسْتَوَى فيه الإِمامُ وغيرُه ، كتَبْدِيدِ الخَمْرِ . ورَوَى أبو الحارِثِ ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ أوْدَعَ رَجُلًا مالًا ، وغابَ وطالَتْ غَيْبَتُه ،

الإنصاف قوله : وله الإِنْفاقُ عليه ممَّا وُجِدَ معه بغيرِ إذْنِ حاكِمٍ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقطَع به ابنُ حامِدٍ ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ما يدُلُّ على أنَّهُ لا يُنْفِقُ إلَّا بإذْنِه .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٥/٢٩١ .

الشرح الكبير

وله وَلَدٌ ، ولا نَفَقةَ له ، هل يُنْفِقُ عليهم هذا المُسْتَوْدَعُ مِن مالِ الغائِبِ ؟ فقال : تقومُ امْرأتُه إلى الحاكِمِ ، حتى يَأْمُرَه بالإنْفاقِ عليهم . فلم يَجْعَلْ له الإنْفاقَ مِن غيرِ إذْنِ الحاكِمِ . فقال بعضُ أصحابِنا : هذا مِثْلُه . والصَّحِيحُ أنَّ هذا مُخالِفٌ له مِن وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، أنَّ المُلْتَقِطَ له وِلايَةٌ على اللَّقِيطِ وعلى مالِه ؛ فإنَّ له وِلايَةَ أخْذِه وحِفْظِه . والثّاني ، أنَّه يُنْفِقُ على اللَّقِيطِ مِن مالِه ، وهذا بخِلافِه ، ولأنَّ الإنْفاقَ على الصَّبِيِّ مِن مالِ أبيه[1] مَشْرُوطٌ بكَوْنِ الصَّبِيِّ مُحْتاجًا إلى ذلك ؛ لعَدَمِ مالِه ، وعَدَمِ نَفَقةٍ تَركَها أبُوه برَسْمِه ، وذلك لا يُقْبَلُ فيه قولُ المُودَعِ ، فاحْتِيجَ إلى إثْباتِ ذلك عند الحاكِمِ ، ولا كذلك فى مسألتِنا ، فلا يَلْزَمُ مِن وُجُوبِ اسْتِئْذانِ الحاكِمِ ثَمَّ وُجُوبُه فى اللَّقِيطِ . ومتى لم يَجِدْ حاكِمًا ، فله الإنْفاقُ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه حالُ ضَرُورَةٍ . وقال الشافعيُّ : ليس له أن يُنْفِقَ بغيرِ إذْنِ حاكِمٍ فى مَوْضِعٍ يَجِدُ حاكِمًا ، وإن أنْفَقَ ضَمِنَ ، بمَنْزِلَةِ ما لو كان لأبى الصَّغِيرِ وَدِيعةٌ عند إنْسانٍ فأنْفَقَ عليه منها ، وذلك لأنَّه لا وِلايَةَ له على مالِه ، وإنَّما له حَقُّ الحَضانةِ . فإن لم يَجِدْ حاكِمًا ، ففى جَوازِ الإنْفاقِ وَجْهان . ولَنا ، ما ذَكَرْناه ابْتِداءً ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا وِلايَةَ له على مالِه ، فإنّا قد بَيَّنّا أنَّ له

الإنصاف

وهو وَجْهٌ فى « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وردَّ هذه الرِّوايَةَ المَجْدُ فى « شَرْحِه » . ذكَرَه فى « القَواعِدِ » ، وكذا المُصَنِّفُ ، نقَلَه الزَّرْكَشِىُّ . وتقدَّم قريبًا ، إذا أنْفَقَ عليه مِن مالِه ، ونوَى الرُّجوعَ .

---

(١) فى م : « الله » .

وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، ....

الشرح الكبير

أخْذَه وحِفْظَه ، وهو أوْلَى النّاسِ به ، وذَكَرْنا الفرْقَ بينَ اللَّقِيطِ وبينَ ما قاسُوا عليه . إذا ثَبَت هذا ، فالمُسْتَحَبُّ أن يَسْتأْذِنَ الحاكِمَ فى مَوْضِعٍ يَجِدُ حاكِمًا ؛ لأنَّه أبْعَدُ مِن التُّهْمَةِ ، وأقْطَعُ للظِّنَّةِ ، وفيه خُرُوجٌ مِن الخِلافِ وحِفظٌ لمالِه مِن أن يَرْجِعَ عليه بما أنْفَقَ . ويَنْبَغِى أن يُنْفِقَ عليه بالمَعْرُوفِ ، كما ذَكَرْنا فى وَلِىِّ اليَتِيمِ . فإن بَلَغ اللَّقِيطُ ، واخْتَلَفا فى قَدْرِ ما أنْفَقَ ، وفى التَّفْرِيطِ فى الإنْفاقِ ، فالقولُ قولُ المُنْفِقِ ؛ لأنَّه أمِينٌ ، فكان القولُ قولَه فى ذلك ، كوَلِىِّ اليَتِيمِ .

٢٥٢٦ – مسألة : (وإن كان) المُلْتَقِطُ (فاسِقًا) لم يُقَرَّ فى يَدِه . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ حِفْظَه للوِلايَةِ عليه ، ولا وِلايَةَ لفاسِقٍ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يُقَرُّ فى يَدِه ؛ لقَوْلِه : وإن لم [٥/١٩٩ ظ] يَكُنْ مَن وَجد اللَّقِيطَ أمِينًا ، مُنِعَ مِن السَّفَرِ به ؛ لئَلَّا يَدَّعِىَ رِقَّهُ . فعلى قولِه ، يَنْبَغِى أن يَجِبَ الإشْهادُ عليه ، ويُضَمَّ إليه مَن يُشْرِفُ عليه ؛ لأنَّنا إذا ضَمَمْنا إليه فى اللُّقَطَةِ مَنْ يُشْرِفُ عليه ، فهٰهُنا أوْلَى . قال القاضِى : والمَذْهَبُ أنَّه

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، وكذا الحُكْمُ فى حِفْظِ مالِه . قطَع به فى « المُغْنِى » وغيرِه . وقال فى « التَّلْخيصِ » : يحْتَمِلُ اعْتِبارَ إذْنِ الحاكِمِ فيه . ومنها ، قَبُولُ الهِبَةِ ، والوَصِيَّةِ . قال الحارِثِىُّ : مُقْتَضَى قَوْلِه فى « المُغْنِى » ، أنَّه للملتقِطِ ، ومُقْتَضَى كلامِ صاحِبِ « التَّلْخيصِ » ، أنَّه للحاكِمِ . قلتُ : كلامُ صاحِبِ « المُغْنِى » مُوافِقٌ لقَواعِدِ المذهبِ فى ذلك .

قوله : وإنْ كان فاسِقًا ، أو رَقِيقًا ، أو كافِرًا ، واللَّقِيطُ مُسْلِمٌ ، أوْ بَدَوِيًّا ينْتَقِلُ

الشرح الكبير

يُنْزَعُ مِن يَدِه . ويُفارِقُ اللُّقَطَةَ مِن ثَلاثَةِ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، أنَّ فى اللُّقَطَةِ مَعْنَى الكَسْبِ ، وليس هٰهُنا إلَّا الوِلايَةُ . الثّانِى ، أنَّ اللُّقَطَةَ لو انْتزَعْناها منه رَدَدْناها إليه بعد الحَوْلِ ، فلذلك احْتَطْنا عليها مع بَقائِها فى يَدِه ، وهٰهُنا لا يُرَدُّ إليه بعد الانْتِزاعِ منه بحالٍ ، فكان الانْتِزاعُ أحْوَطَ(١) . والثّالِثُ ، أنَّ المَقْصُودَ ثَمَّ حِفْظُ المالِ ، ويُمْكِنُ الاحْتِياطُ عليه بأن يَسْتَظْهِرَ عليه فى التَّعْرِيفِ ، أو ينصِبَ الحاكِمُ مَن يُعَرِّفُها ، وهٰهُنا المَقْصُودُ حِفْظُ الحُرِّيَّةِ والنَّسَبِ ، ولا سَبِيلَ إلى الاسْتِظْهارِ عليه ؛ لأنَّه قد يَدَّعِى رِقَّه فى بعضِ البُلْدانِ ، أو فى بعضِ الزَّمانِ ، ولأنَّ اللُّقَطَةَ إنَّما يُحْتاجُ إلى حِفْظِها والاحْتِياطِ عليها عامًا واحِدًا ، وهذا يُحْتاجُ إلى الاحْتِياطِ عليه فى جَميعِ زَمانِه . وقد ذَكَرْنا أنَّ ظاهِرَ قَوْلِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا يُنْتَزَعُ منه ؛ لأنَّه قد ثَبَتَتْ له الوِلايةُ بالْتِقاطِه إيّاه وسَبْقِه إليه ، وأمْكَنَ حِفْظُه فى يَدَيْهِ بالإشْهادِ عليه ، وضَمِّ أمِينٍ يُشارِفُه إليه ويُشِيعُ أمْرَه ، فيَظْهَرُ أنَّه لَقِيطٌ ، فيَنْحَفِظُ بذلك

الإنصاف

فى المَواضِعِ ، أو وجَدَه فى الحَضَرِ ، فأرادَ نَقْلَه إلى البادِيَةِ ، لم يُقَرَّ فى يَدِه . يُشْتَرَطُ فى المُلْتَقِطِ أنْ يكونَ عَدْلًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقد قال المُصَنِّفُ قبلَ ذلك : وأوْلَى النَّاسِ بحَضانَتِه واجِدُه ، إنْ كان أمِينًا . واخْتارَه القاضى ، وقال : المذهبُ على ذلك . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهم . قال فى « الفائقِ » : وتُشْتَرَطُ العَدالَةُ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وجزَم باشْتِراطِ الأمانَةِ فى المُلْتَقِطِ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ،

---

(١) فى م : « أحفظ » .

الشرح الكبير

مِن غيرِ زَوالِ وِلايَتِه ، جَمْعًا بين الحَقَّيْن ، كاللُّقَطَةِ ، وكما لو كان الوَصِيُّ خائِنًا . قال شيخُنا[1] : وما ذَكَرَه القاضِي مِن التَّرْجِيحِ لِلُّقَطَةِ ، يُمْكِنُ مُعارَضَتُه بأنَّ اللَّقِيطَ ظاهِرٌ مَكْشُوفٌ لا تَخْفَى الخِيانَةُ فيه ؛ بخِلافِ اللُّقَطَةِ ؛ فإنَّها خَفِيَّةٌ تَتَطَرَّقُ إليها الخِيانَةُ ولا يُعْلَمُ بها ، ويُمْكِنُ أخْذُ بعَضِها وتَنْقِيصُها وإبْدالُها ، بخِلافِ اللَّقِيطِ . ولأنَّ المالَ مَحَلُّ الخِيانَةِ ، والنُّفُوسُ إلى أخْذِه داعِيَةٌ ؛ بخِلافِ النُّفُوسِ . فعلى هذا ، متى أرادَ هذا المُلْتَقِطُ السَّفَرَ باللَّقِيطِ ، مُنِعَ منه ؛ لأنَّه يُبْعِدُه مِمَّن عَرَف حالَه ، فلا يُؤْمَنُ أن يَدَّعِيَ رِقَّهُ ويَبِيعَه .

فصل : فإن كان المُلْتَقِطُ مَسْتُورَ الحالِ ، لم تُعْرَفْ منه حَقِيقَةُ العَدالةِ ولا خِيانَةٌ ، أُقِرَّ اللَّقِيطُ في يَدَيْه ؛ لأنَّ حُكْمَه حُكْمُ العَدْلِ في لُقَطَةِ المالِ

الإنصاف

وغيرِهم . وقطَع في « الوَجيزِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهما ، أنَّه لا يُقَرُّ بيَدِ فاسِقٍ . وقدَّمه في « الكافِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل : يُقَرُّ بيَدِ الفاسِقِ ، إذا كان أمِينًا . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ » في مَوْضِعٍ ، وابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِه » ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، فإنَّه قال : وإنْ لم يكُنْ مَن وجَد اللَّقِيطَ أمِينًا ، مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ به . فظاهِرُه ، أنَّه إذا أقامَ به ، كان أحَقَّ به ، وإنْ كان فاسِقًا . وأجْراه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهما على ظاهِرِه ، وقال المُصَنِّفُ وتَبِعَه الشَّارِحُ على قوْلِه : يَنْبَغِي أنْ يُضَمَّ إليه مَن يُشْرِفُ عليه ، ويُشْهِدَ عليه ، ويُشِيعَ أمْرَه ؛ ليُؤْمَنَ مِنَ التَّفْرِيطِ فيه .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : وإنْ كان فاسِقًا ، لم يُقَرَّ في يَدِه . أنَّ مَسْتُورَ الحالِ يُقَرُّ في

---

(١) في : المغنى ٨/٣٦١ .

الشرح الكبير

والوِلايةِ فى النِّكاحِ والشَّهادَةِ فيه ، وفى أكْثَرِ الأحْكامِ ؛ لأنَّ الأصْلَ فى [٥/٢٠٠ و] المُسْلِمِ العَدَالَةُ ؛ ولذلك قال عُمَرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : المُسْلِمون عُدُولٌ بعضُهم على بعضٍ . فإن أرادَ السَّفَرَ بلقِيطِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُقَرُّ فى يَدَيْهِ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لم تَتَحَقَّقْ أمانَتُه ، فلا تُؤْمَنُ الخيانَةُ منه فيه . والثّانى ، يُقَرُّ فى يَدَيْه ؛ لأنَّه يُقَرُّ فى يَدَيْه فى الحَضَرِ مِن غيرِ مُشْرِفٍ يُضَمُّ إليه ، فأشْبَهَ العَدْلَ ، ولأنَّ الظّاهِرَ السَّتْرُ والصِّيانَةُ . فأمّا مَنْ عُرِفَتْ عدالَتُه وظَهَرتْ أمانَتُه ، فيُقَرُّ اللَّقِيطُ فى يَدِه حَضَرًا وسَفَرًا ؛ لأنَّه مَأْمُونٌ إذا كان سَفَرُه لغيرِ النُّقْلَةِ .

الإنصاف

يَدِه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . لكِنْ لو أرادَ السَّفَرَ به ، فهل يُقَرُّ بيَدِه ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، لايُقَرُّ بيَدِه . جزَم به فى « الكافِى » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والثّانِى ، يُقَرُّ فى يَدِه . وأمَّا الرَّقيقُ ؛ فليس له التِقاطُه إلَّا بإذْنِ سيِّدِه ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ لا يجدَ مَن يلْتَقِطُه ، فيجبَ التِقاطُه ؛ لأنَّه تخْليصٌ له مِنَ الهَلَكَةِ . أمَّا مع وُجودِ مَن هو أهْلٌ للالتِقاطِ ، فقطَع كثيرٌ مِنَ الأصحابِ بمَنْعِه مِنَ الأخْذِ ؛ مُعَلِّلًا بأنَّه لا يُقَرُّ فى يَدِه ، أو بأنَّه لا وِلايَةَ له . قال الحارِثِىُّ : وفيه نظَرٌ ؛ فإنَّ أخْذَ اللَّقِيطِ قُرْبَةٌ ، فلا يخْتَصُّ بحُرٍّ ، وعدَمُ الإقْرارِ بيَدِه دَوامًا لا يمْنَعُ أخْذَه ابْتداءً . فعلى المذهبِ ، إنْ أذِنَ له سيِّدُه ، فهو نائبُه ، وليس له الرُّجوعُ [٢/٢٣٤ظ] فى الإذْنِ .

المقنع أَوْ رَقِيقًا ،..

الشرح الكبير **٢٥٢٧** – مسألة : فإن كان المُلْتَقِطُ رَقِيقًا ، لم يُقَرَّ فى يَدِه . وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه ليس للعَبْدِ الْتِقاطُ الطِّفْلِ المَنْبُوذِ إذا وُجِدَ مَنْ يَلْتَقِطُه سِواه ؛ لأنَّ مَنافِعَه مَمْلُوكةٌ لسَيِّدِه ، فلا يُذْهِبُها فى غيرِ نَفْعِه إلَّا بإذْنِه ، ولأنه لا يَثْبُتُ على اللَّقِيطِ إلَّا الوِلايةُ ، ولا وِلايَةَ لعَبْدٍ . فإنِ الْتَقَطَه ، لم يُقَرَّ فى يَدِه إلَّا بإذْنِ السَّيِّدِ ، فإن أذِنَ له ، أُقِرَّ فى يَدِه ؛ لأنَّه اسْتَعانَ به فى ذلك ، فصارَ كما لو الْتَقَطَه سيِّدُه وسَلَّمَه إليه . قال ابنُ عَقِيلٍ : إذا أذِنَ له السَّيِّدُ ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ بعدَ ذلك ، وصار كما لو الْتَقَطَه السَّيِّدُ . والحُكْمُ فى الأمَةِ كالحُكْمِ فى العَبْدِ . فأمّا إن لم يَجِدْ أحَدًا يَلْتَقِطُه سِوَاه ، وَجَب الْتِقاطُه ؛ لأنه تَخْلِيصٌ له مِن الهَلاكِ ، فهو كتَخْلِيصِه مِن الغَرَقِ . والمُدَبَّرُ ، وأُمُّ الوَلَدِ ، والمُعَلَّقُ عِتْقُه بصِفَةٍ ؛ كالقِنِّ ، وكذلك المُكاتَبُ ؛ لأنَّه ليس له التَّبَرُّعُ بمالِه ولا بمَنافِعِه إلَّا أن يَأْذَنَ له سَيِّدُه فى ذلك .

الإنصاف قالَه ابنُ عَقِيلٍ . واقْتَصرَ عليه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وجزَم به فى « الفُروعِ » .

فائدة : المُدَبَّرُ ، وأُمُّ الوَلَدِ ، والمُعَلَّقُ عِتْقُه ، كالقِنِّ ؛ لقِيامِ الرِّقِّ ، والمُكاتَبُ كذلك . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . ومَن بعضُه رَقيقٌ كذلك ؛ لأنَّه لا يتَمَكَّنُ مِن اسْتِكْمالِ الحَضانَةِ . وأمَّا الكافِرُ ، فليس له التِقاطُ المُسْلِمِ ، ولا يُقَرُّ بيَدِه . ومُرادُه بالكافِرِ هنا ، الذِّمِّىُّ ، وإنْ كان الحَرْبِىَّ بطَريقٍ أَوْلَى .

المقنع

أَوْ كَافِرًا وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ ، أَوْ بَدَوِيًّا يَنْتَقِلُ فِى الْمَوَاضِعِ ، ....

الشرح الكبير

٢٥٢٨ – مسألة : (أو كافِرًا واللَّقِيطُ مُسْلِمٌ) ليس للكافِرِ الْتِقاطُ مَنْ حُكِمَ بإسْلامِه ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ لكافِرٍ على مُسْلِمٍ ، ولأنَّه لا يُؤْمَنُ أن يُعَلِّمَه الكُفْرَ ، بل الظَّاهِرُ أنَّه يُرَبِّيه على دِينِه ، ويَنْشَأُ على ذلك ، كوَلَدِه . فإنِ الْتَقَطَه ، لم يُقَرَّ فى يَدِه . فإن كان الطِّفْلُ مَحْكُومًا بكُفْرِه ، فله الْتِقاطُه ؛ لأنَّ الذين كَفَرُوا بعضُهم أوْلِياءُ بعضٍ .

٢٥٢٩ – مسألة : (أو بَدَوِيًّا يَنْتَقِلُ فى المواضِعِ) ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، أنه يُقَرُّ فى يَدِه ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه ابنُ بَدَوِيَّيْنِ ، وإقْرارُه فى يَدِ مُلْتَقِطِه

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ الكافِرَ إذا التقَطَ مَن حُكِمَ بكُفْرِه ، أنَّه يُقَرُّ بيَدِه . وهو صحيحٌ . صرَّح به القاضى ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ . لكِنْ لو التقَطَه مُسْلِمٌ وكافِرٌ ، فقال الأصحابُ : هما سواءٌ . وهو المذهبُ . وقيل : المُسْلِمُ أحقُّ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والنَّاظِمُ . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ بلا تردُّدٍ . ويأْتِى ذلك فى عُمومِ كلامِ المُصَنِّفِ قريبًا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، يُشْتَرَطُ فى المُلْتَقِطِ أيضًا ، أنْ يكونَ مُكَلَّفًا ، فلا يُقَرُّ بيَدِ صَبِىٍّ ، ولا مَجْنونٍ . الثَّانيةُ ، يُشْتَرَطُ الرُّشْدُ ، فلا يُقَرُّ بيَدِ السَّفِيهِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، ثم قال : قلتُ : والسَّفِيهُ كالفاسِقِ . انتهى . لأنَّه

الشرح الكبير

أَرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِه . والثّانِى ، يُؤْخَذُ منه فيُدْفَعُ إلى صاحِبِ قَرْيَةٍ ؛ لأنَّه أَرْفَقُ له وأَخَفُّ عليه .

الإنصاف

لا وِلايَةَ له على نَفْسِه ، فأَوْلَى أنْ لا[1] يكونَ وَلِيًّا على غيرِه . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وصاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهما ، أنَّه يُقَرُّ بيَدِه ؛ لأنَّه أهْلٌ للأمانَةِ والتَّرْبِيَةِ . قال الحارِثِىُّ : وهذا أصحُّ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأمَّا إذا التَقَطَه البَدَوِىُّ الذى يَنْتَقِلُ فى المَواضِعِ ، فجزَم المُصَنِّفُ هنا أنَّه لا يُقَرُّ فى يَدِه . وهو أحدُ الوَجْهَيْن ، وهو المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . قال الحارِثِىُّ : هذا أقْوَى . والوَجْهُ الثّانى ، يُقَرُّ . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم ، وقال فى « التَّرْغيبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : متى وجَدَه فى فَضاءٍ خالٍ ، فله نقْلُه حيثُ شاءَ . وأمَّا إذا التَقَطَه مَن فى الحَضَرِ ، فأرادَ نُقْلَتَه إلى البادِيَةِ ، فجزَم المُصَنِّفُ أنَّه لا يُقَرُّ فى يَدِه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الوَجيزِ » ، والزَّرْكَشِىُّ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يُقَرُّ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وتقدَّم كلامُ صاحِبِ « التَّرْغيبِ » .

(1) سقط من : ط .

أَوْ وَجَدَهُ فِى الْحَضَرِ فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ ، لَمْ يُقَرَّ فِى يَدِهِ . وَإِنِ الْتَقَطَهُ فِى الْبَادِيَةِ مُقِيمٌ فِى حِلَّةٍ ، أَوْ مَنْ يُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى الْحَضَرِ أُقِرَّ مَعَهُ . وَإِنِ الْتَقَطَهُ فِى الْحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَهَلْ يُقَرُّ فِى يَدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . المقنع

الشرح الكبير

٢٥٣٠ – مسألة : وإن (وَجَدَه فى الحَضَرِ وأرادَ نَقْلَه إلى البادِيَةِ ، لم يُقَرَّ فى يَدِه) لوَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّ مُقامَه فى الحَضَرِ أصْلَحُ له فى دِينِه ودُنْياه ، وأرْفَهُ له . والثّانِى ، أنَّه إذا وُجِدَ فى الحَضَرِ ، فالظّاهِرُ أنَّه وُلِدَ فيه ، فبَقاؤُه فيه أرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِه ، وظُهورِ أهْلِه ، واعْتِرافِهم به . [٥/٢٠٠ ظ]

٢٥٣١ – مسألة : (وإنِ الْتَقَطَه فى البادِيَةِ مُقِيمٌ فى حِلَّةٍ) أُقِرَّ فى يَدِه ؛ لأنَّه يَنْقُلُه مِن أرْضِ البُؤْسِ والشَّقاءِ إلى الرَّفاهِيَةِ والدَّعَةِ والدِّينِ .

٢٥٣٢ – مسألة : (وإنِ الْتَقَطَه فى الحَضَرِ مَن يُرِيدُ نَقْلَه إلى بَلَدٍ آخَرَ) للإقامَةِ فيه ، لم يَجُزْ فى أحَدِ الوَجْهين ؛ لأنَّ بقاءَه فى بَلَدِه أرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِه ، فلم يُقَرَّ فى يَدِه ، قِياسًا على المُنْتَقِلِ به إلى البادِيَةِ . والثّانى ،

الإنصاف

قوله : وإنِ التَقطَه فى الحَضَرِ مَن يُرِيدُ النُّقْلَةَ إلى بَلَدٍ آخَرَ ، فهل يُقَرُّ فى يَدِه ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى

المقنع

وَإِنِ الْتَقَطَهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ [١٥١ظ] الْمُوسِرُ مِنْهُمَا عَلَى الْمُعْسِرِ ، وَالْمُقِيمُ عَلَى الْمُسَافِرِ .

الشرح الكبير

يُقَرُّ فى يَدِه ؛ (١)لأنَّ وِلايَتَه ثابتةٌ(١) ، والبَلَدُ الثانى كالأوَّلِ فى الرَّفاهِيَةِ ، فيُقَرُّ فى يَدِه ، كالمُنْتَقِلِ مِن أحَدِ جانِبِى البَلَدِ إلى الجانبِ الآخَرِ ، وفارَقَ المُنْتَقِلَ به إلى البادِيَةِ ؛ لأنَّه يَضُرُّ به بتَفْوِيتِ الرَّفاهِيَةِ عليه .

٢٥٣٣ – مسألة : (وإنِ الْتَقَطَه اثْنان ، قُدِّمَ المُوسِرُ منهما على المُعْسِرِ ، والمُقِيمُ على المُسافِرِ) فإن اسْتَوَيَا وتَشاحّا أُقْرِعَ بينهما . إذا

الإنصاف

الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ أحدُهما ، لا(٢) يُقَرُّ فى يَدِه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يُقَرُّ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحه النَّاظِمُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » .

فوائد ؛ إحْداها ، وكذا الحُكْمُ لو نقَلَه مِن بلَدٍ إلى قَرْيَةٍ ، فيه الوَجْهان . قالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » وغيرِه . الثَّانيَةُ ، وكذا الحُكْمُ لو نقَلَه مِن حِلَّةٍ إلى حِلَّةٍ .

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن هذه المَسائلِ ، لو كان البَلَدُ وَبِيئًا ؛ كغَوْرِ بَيْسانَ ونحوِه ، فإنَّه يجوزُ النَّقْلُ إلى البادِيَةِ ، لتعَيُّنِ المَصْلَحَةِ فى النَّقْلِ . قالَه الحارِثِىُّ . قلتُ : فيُعايَى بها . الثَّالثةُ ، حيثُ يُقالُ بانْتِزاعِه مِنَ المُلْتَقِطِ ، فيما تقدَّم مِنَ المَسائلِ ، فإنَّما ذلك عندَ وُجودِ الأَوْلَى به . أمَّا إذا لم يُوجَدْ ، فإقْرارُه فى يَده أَوْلَى ، كيف كان ؛ لرُجْحانِه بالسَّبْقِ إليه .

قوله : وإنِ التَقَطَه اثْنان ، قُدِّمَ المُوسِرُ منهما على المُعْسِرِ ، والمُقِيمُ على

(١ – ١) سقط من : م .
(٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

الْتَقَطَه اثْنان وتَناوَلاه تَناوُلًا واحِدًا ، لم يَخلُ مِن ثَلاثةِ أقسامٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ أحَدُهما مِمَّن يُقَرُّ فى يَدِه ، كالمُسْلِمِ العَدْلِ الحُرِّ ، والآخَرُ لا يُقَرُّ فى يَدِه، كالكافِرِ -إذا كان المُلْتَقَطُ[1] مُسْلِمًا - والفاسِقِ، والعَبْدِ إذا لم يَأْذَنْ له سَيِّدُه ، فإنَّه يُسَلَّمُ إلى مَن يُقَرُّ فى يَدِه دُونَ شَرِيكِه ، كمن الْتَقَطَه وحدَه ، ولأنَّ الشَّرِيكَ لو الْتَقَطَه وحدَه لم يُسَلَّمْ إليه ، فإذا شارَكَه مَن هو مِن أهْلِ الالْتِقاطِ ، كان أوْلَى بالتَّسْلِيمِ إليه وإقْرارِه فى يَدِه . الثَّانى ، أن يكونا جَمِيعًا مِمَّن لا يُقَرُّ فى يَدَىْ واحدٍ منهما ، فإنَّه يُنْزَعُ منهما ويُسَلَّمُ إلى غيرِهما . الثالثُ ، أن يكونَ كلُّ واحدٍ منهما مِمَّنْ يُقَرُّ فى يَدِه لو انْفَرَدَ ، إلَّا أنَّ أحَدَهُما أحَظُّ للَّقِيطِ مِن الآخَرِ ، بأن يكونَ أحَدُهُما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا ، فالمُوسِرُ أحَقُّ ؛ لأنَّ ذلك أحَظُّ للطِّفْلِ ، وكذلك إن كان أحَدُهُما مُقِيمًا والآخَرُ مُسافِرًا ؛ لأنه أرْفَقُ بالطِّفْلِ .

الإنصاف

المُسافِرِ . لا أعلمُ فيه خِلافًا . وظاهِرُ كلامِه ، أنَّ البَلَدِىَّ وضِدَّه ، والكريمَ وضِدَّه ، وظاهِرَ العَدالَةِ وضِدَّه ، فى ذلك على حَدٍّ سواءٍ . وهو كذلك . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وقال فى « التَّلْخيصِ » ، و « التَّرْغِيبِ » : يُقَدَّمُ البَلَدِىُّ على ضِدِّه . وقال فى « المُغْنِى »[2] ، ومَن تبِعَه : وعلى قِياسِ قوْلِهم فى تَقْديمِ المُوسِرِ ، يِنْبَغِى أنْ يُقَدَّمَ الجَوادُ على البَخيلِ . انتهى . وقيل : يُقَدَّمُ ظاهِرُ العَدالَةِ على ضِدِّه . وهما احْتِمالان مُطْلَقان فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وأطْلَقَ الوَجْهَيْن الحارِثِىُّ .

---

(١) فى را : « اللقيط » .

(٢) المغنى ٨/٣٦٤ .

الشرح الكبير

فصل : وإن الْتَقَطَ مُسْلِمٌ وكافِرٌ طِفْلًا مَحْكُومًا بكُفْرِه ، فالمُسْلِمُ أحَقُّ . وقال أصحابُنا ، وأصحابُ الشافعيِّ : هما سَواءٌ ؛ لأنَّ للكافِرِ ولايَةً على الكافِرِ ، ويُقَرُّ في يَدِه إذا انْفَرَدَ بالْتِقاطِه ، فساوَى المُسْلِمَ في ذلك . ولَنا ، أنَّ دَفْعَه إلى المُسْلِمِ أحَظُّ له ؛ لأنَّه يَصِيرُ مُسْلِمًا ، فيَسْعَدُ في الدُّنْيا والآخِرَةِ ، ويَنْجُو مِن النّارِ ، ويَتَخَلَّصُ مِن الجِزْيَةِ والصَّغارِ ، فالتَّرْجِيحُ بهذا أوْلَى مِن التَّرْجِيحِ باليسارِ الذى إنَّما يَتَعَلَّقُ به تَوْسِعَةٌ عليه فى الإِنْفاقِ ، وقد يكونُ المُوسِرُ بَخِيلًا ، فلا تَحْصُلُ التَّوْسِعَةُ ، فإن تعارَضَ التَّرْجِيحان ، فكان المُسْلِمُ فقيرًا [٥/٢٠١ و] والكافِرُ مُوسِرًا ، فالمُسْلِمُ أوْلَى ؛ لأنَّ النَّفْعَ الحاصِلَ له بإسْلامِه أعْظَمُ مِن النَّفْعِ الحاصِلِ له بيَسارِه مع كُفْرِه . وعندَهم ، يُقَدَّمُ الكافِرُ . وعلى قِياسِ قَوْلِهم فى تَقْدِيمِ المُوسِرِ ، يَنْبَغِى أن يُقَدَّمَ الجَوادُ على البَخِيلِ ؛ لأنَّ حَظَّ الطِّفْلِ عندَه أكْثَرُ مِن الجِهَةِ التى يَحْصُلُ له الحَظُّ فيها باليَسارِ .

الإنصاف

فائدة : الشَّرِكَةُ فى الالتِقاطِ أنْ يأْخُذاه جميعًا ، ولا اعْتِبارَ بالقِيامِ المُجَرَّدِ عندَه ؛ لأنَّ الالتِقاطَ حقيقَةُ الأَخْذِ ، فلا يُوجَدُ بدُونِه ، إلَّا أنْ يأْخُذَه الغيرُ بأَمْرِه ، فالمُلْتَقِطُ هو الآمِرُ ؛ لأنَّ المُباشِرَ نائبٌ عنه ، فهو كاسْتِنابَتِه فى أَخْذِ المُباحِ .

تنبيه : دخَل فى كلامِ المُصَنِّفِ ، لو التَقطَه مُسْلِمٌ وكافِرٌ . وهو كذلك . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : المُسْلِمُ أوْلَى . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والحارِثِىُّ ، [٢/٢٣٥و] والنَّاظِمُ ، وغيرُهم . وتقدَّم ذلك أيضًا .

المقنع

فَإِنْ تَسَاوَيَا وَتَشَاحَّا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا .

الشرح الكبير

٢٥٣٤ – مسألة[1] : (فإن تَساوَيا وتَشاحّا ، أُقْرِعَ بينهما) إذا تَساوَيا فى الأوْصافِ التى تَقْتَضِى تقديمَ أحَدِهما على الآخرِ ، فرَضِىَ أحَدُهُما بتَسْليمِه إلى صاحِبه ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فلا يُمْنَعُ مِن الإيثارِ به . وإن تَشاحّا أُقْرِعَ بينهما ؛ لقَوْلِه تعالى : ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَـٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾[2] . ولأنَّه لا يُمْكِنُ كَوْنُه عندَهما فى حالةٍ واحدةٍ . وإن تَهايَآهُ يومًا ويَوْمًا أو أكْثَرَ ، أَضَرَّ بالطِّفْلِ ؛ لاخْتِلافِ الأغْذِيَةِ عليه والأُنْسِ والإلْفِ ، ولا يُمْكِنُ دَفْعُه إلى أحَدِهما بغيرِ قُرْعَةٍ ؛ لأنَّ حَقَّهُما مُتَساوٍ ، فتَقْدِيمُ أحَدِهما بغيرِ قُرْعَةٍ تَحكُّمٌ لا يجوزُ ، فتَعَيَّنَ الإقْراعُ بينهما ، كما يُقْرَعُ بينَ الشُّرَكاءِ فى تَعْيِينِ السِّهامِ فى القِسْمَةِ ، وبينَ النِّساءِ فى البِداءَةِ بالقِسْمَةِ ، وبينَ العَبيدِ فى الإعْتاقِ . والرَّجُلُ والمرأةُ سَواءٌ ، ولا تُرَجَّحُ المرأةُ هٰهُنا كما تُرَجَّحُ فى حَضانَةِ وَلَدِها على أبيه ؛ لأنَّها رُجِّحَتْ ثَمَّ لشَفَقَتِها على وَلَدِها ، وتَوَلِّيها لحَضانَتِه بنَفْسِها والأبُ يَحْضُنُه بأجْنَبِيَّةٍ ، فكانت أُمُّه أحَظَّ له وأرْفَقَ به ، أمّا هٰهُنا فهى أجْنَبِيَّةٌ مِن اللَّقِيطِ ، والرَّجُلُ

الإنصاف

قوله : فإنْ تَشاحَّا ، أُقْرِعَ بينَهما . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم ؛ منهم صاحِبُ « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « القَواعِدِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وقيل : يُسَلِّمُه الحاكِمُ إلى مَن شاءَ منهما أو مِن غيرِهما . وقال الحارِثِىُّ : وذكَر

(١) سقط من : م .

(٢) سورة آل عمران ٤٤ .

الشرح الكبير

يَحْضُنُه بأَجْنَبِيَّةٍ ، فاسْتَوَيا . ومَذْهَبُ الشافعىِّ (1في هذا1) على ما ذَكَرْنا . فإن كان أحَدُهُما مَسْتُورَ الحالِ والآخرُ ظاهِرَ العَدالَةِ ، احْتَمَل تَرْجِيحُ ظاهِرِ العَدالةِ ؛ لأنَّ المانِعَ مِن الالْتِقاطِ مُنْتَفٍ فى حَقِّه بغيرِ شَكٍّ ، والآخرَ مَشْكُوكٌ فيه ، فيكونُ الحَظُّ للطِّفْلِ فى تَسْلِيمِه إليه أتَمَّ . ويَحْتَمِلُ أن يتَساوَيا ؛ لأنَّ احْتِمالَ وُجُودِ المانِعِ لا يُؤَثِّرُ فى المَنْعِ ، فلا يُؤَثِّرُ فى التَّرْجِيحِ .

فصل : وإن رَأَياهُ جميعًا ، فسَبَقَ[2] أحَدُهُما فأخَذَه ، أو وَضَع يَدَه عليه ، فهو أحَقُّ به ؛ لقولِه ، عليه السلامُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[3] . فإن رَآه أحَدُهما قبلَ صاحِبِه ، فسَبَقَ إلى أخْذِه الآخَرُ ، فالسّابِقُ إلى أخْذِه أحَقُّ ؛ لأنَّ الالْتِقاطَ هو الأَخْذُ دُونَ الرُّؤْيَةِ . فإن قال أحَدُهُما لصاحِبِه : ناوِلْنِيه . فأخَذَه الآخَرُ ، نَظَرْنا إلى نِيَّتِه ؛ فإن نَوَى أخْذَه لنَفْسِه ، [٥/٢٠١ ظ] فهو أحَقُّ به ، كما لو لم يَأْمُرْه الآخَرُ بمُناوَلَتِه إيّاه ، وإن نَوَى مُناوَلَتَه فهو للآخَرِ ؛ لأنَّه فَعَل ذلك بِنِيَّةِ النِّيابَةِ عنه ، فأشْبَهَ ما لو تَوَكَّلَ له فى تَحْصِيلِ مُباحٍ .

الإنصاف

صاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، فى بابِ الحَضانَةِ ، أنَّ الرَّقِيقَ إذا كان بعضُه حُرًّا تَهايَأ فى حَضانَتِه سَيِّدُه ونَسِيبُه . وحُكِىَ ذلك عن أبى بَكْرٍ عَبْدِ العَزِيزِ ، قال : فيُخَرَّجُ هنا مِثْلُه ، والمذهبُ الأَوَّلُ . انتهى .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده فى م : « إليه » .

(٣) تقدم تخريجه فى ٥/٢٩١ .

المقنع

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْمُلْتَقِطِ مِنْهُمَا ، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ .

الشرح الكبير

٢٥٣٥ - مسألة : (فإنِ اخْتَلَفا فى المُلْتَقِطِ منهما ، قُدِّمَ مَن له بَيِّنَةٌ) لأنَّها أقْوَى . فإن كان لكلٍّ واحدٍ منهما بَيِّنةٌ ، قُدِّمَ أسْبَقُهُما تارِيخًا ؛ لأنَّ الثانىَ إنَّما أخذَ ما قد ثَبَت الحَقُّ فيه لغيرِه . فإنِ اسْتَوَى تارِيخُهُما ، أو أُطْلِقَتا ، أو أُرِّخَتْ إحْداهُما وأُطْلِقَتِ الأُخْرَى ، تَعارَضَتا ، وهل يَسْقُطانِ أو يُسْتَعْمَلان ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَسْقُطان ، فيَصِيران كمَن لا بَيِّنَةَ لهما . والثانى ، يُسْتَعْمَلان ، ويُقْرَعُ بينهما ، فمَن قَرَع صاحِبَه فهو أوْلَى . ونَذْكُرُ ذلك فى بابِه ، إن شاءَ اللهُ تعالى . فإن كان اللَّقِيطُ فى يَدِ أحَدِهما ، فهل تُقَدَّمُ بَيِّنَتُه ، أو تُقَدَّمُ بَيِّنةُ الخارِجِ ؟ فيه وَجْهان مبنِيّان على الرِّوايَتَيْن فى دَعْوَى المالِ .

الإنصاف

تنبيه : قولُه : وإنِ اخْتَلَفا فى المُلْتَقِطِ منهما ، قُدِّمَ مَن له بَيِّنَةٌ . بلا نِزاعٍ . فإنْ كان لكُلٍّ واحدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أسْبَقُهما تارِيخًا . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و« الشَّرْحِ » ، و« الهِدايَةِ » ، و« المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وإنِ اتَّحَدَ تارِيخُهما ، أو أُطْلِقَتا ، أو أُرِّخَتْ إحْداهما وأُطْلِقَتِ الأُخْرَى ، تَعارَضَتا ، وهل يسْقُطان أو يُسْتَعْمَلان ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، يسْقُطان ، فيَصِيران كمَن لابَيِّنَةَ لهما . وجزَم به ، فيما إذا تَساوَيا ، فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . والثَّانى ، يُسْتَعْمَلان ويُقْرَعُ بينَهما ، فمَن قرَع صاحِبَه ، كان أوْلَى به . قال فى « الكافِى » : وإنْ تَساوَيا فى اليَدِ أو عدَمِها ، سقَطَتا ، وأُقْرِعَ بينَهما ، فقُدِّمَ

المقنع فَإِنْ لَمْ تكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ قُدِّمَ صَاحِبُ الْيَدِ .

الشرح الكبير **٢٥٣٦** – مسألة : (فإن لم يَكُنْ لهما بَيِّنةٌ ، قُدِّمَ صاحِبُ اليَدِ) فيكونُ القَوْلُ قَوْلَه مع يَمِينِه أنَّه الْتَقَطَه . ذَكَره أبو الخَطَّابِ . وهو قولُ الشافعيِّ . وقال القاضِي : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّه لا يَحْلِفُ ، كما فى الطَّلاقِ والنِّكاحِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النّاسُ بدَعْوَاهُم ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَواه مسلمٌ[1] .

الإنصاف بها أحدُهما . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . ومحَلُّهما إذا لم يَكُنْ فى يَدِ أحدِهما . قال الحارِثِىُّ : وفى بَيِّنَةِ المالِ وَجْهٌ بتَقْديمِ المُطْلَقَةِ على المُؤَرَّخَةِ ، وهو ضَعيفٌ ، بلِ الأَوْلَى تَقْديمُ المُؤَرَّخَةِ . انتهى . ويأْتِى ذلك فى بابِ الدَّعاوَى مُحَرَّرًا . فإنْ كان اللَّقِيطُ فى يَدِ أحَدِهما ، فهل تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الخارِجِ ؟ فيه وَجْهان مَبْنِيَّان على الرِّوايتَيْن فى دَعْوَى المالِ ، على ما يأْتِى فى بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ والخارِجِ . وقال فى « الفُروعِ » : يُقَدَّمُ ربُّ اليَدِ مع بَيِّنَةٍ ، وفى يَمِينِه وَجْهان .

قوله : فإنْ لم يكُنْ لهما بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ صاحِبُ اليَدِ . بلا نِزاعٍ . لكِنْ هل يحْلِفُ معها ؟ فيه وَجْهان ، وأطْلَقَهما فى « الكافِى » ، و « الفُروعِ » ؛[2]أحدُهما ، لا يحْلِفُ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، والقاضى ، وقال : هو قِياسُ المذهبِ[2] . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والوَجْهُ الثَّانى ، يحْلِفُ . قالَه أبو الخَطَّابِ ، ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٢/٤٧٨ .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا يَدٌ فَوَصَفَهُ أَحَدُهُمَا ، قُدِّمَ ، ....

الشرح الكبير

٢٥٣٧ – مسألة : (فإن كان فى أَيْدِيهما ، أُقْرِعَ بينهما) فيُسَلَّمُ إلى مَن تَقَعُ له القُرْعَةُ مع يَمِينِه . وعلى قولِ القاضِى ، لا تُشْرَعُ اليَمِينُ هٰهُنا ، ويُسَلَّمُ إليه بمُجَرَّدِ وُقوعِ القُرْعَةِ له .

٢٥٣٨ – مسألة : (فإن لم يَكُنْ لهما يدٌ فوَصَفَه أحدُهما ، قُدِّمَ) نحوَ أن يَقُولَ : فى ظَهْرِهِ شامَةٌ . أو : بجَسَدِه عَلامةٌ . فيُقَدَّمُ بذلك . ذكره

الإنصاف

فائدة : قوْلُه : فإنْ كان فى أَيْدِيهما ، أُقْرِعَ بينَهما . فمَن قرَع ، سُلِّمَ إليه مع يَمِينه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : وعلى قَوْلِ القاضى لا تُشْرَعُ اليَمِينُ هنا ، ويُسَلَّمُ إليه بمُجَرَّدِ وُقوعِ القُرْعَةِ له . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » .

فائدة : لوِ ادَّعَى أحدُهما أنَّه أخذَه منه قهْرًا ، وسأَلَ الحاكِمَ يَمِينَه ، قال فى « الفُروعِ » : فيتوجَّهُ إحْلافُه . وقال فى « المُنْتَخَبِ » : لا يحْلِفُ ؛ كطَلاقٍ ادُّعِىَ على الزَّوْجِ .

قوله : وإنْ لم يكُنْ لهما يَدٌ ، فوصَفَه أحدُهما – يعْنِى ، بعَلامَةٍ مَسْتورَةٍ فى جَسَدِه – قُدِّمَ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والتِّسْعِين » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وذكَر القاضى فى « الخِلافِ » ، وصاحِبُ « المُبْهِجِ » ،

المقنع وَإِلَّا سَلَّمَهُ الْحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا .

الشرح الكبير أبو الخَطَّابِ . وهو قولُ أبى حَنيفةَ . وقال الشافعيُّ : لا يُقَدَّمُ بالصِّفَةِ ، كما لو وَصَف المُدَّعِى المُدَّعَى ، فإنَّ دَعْواهُ لا تُقَدَّمُ بذلك . ولَنا ، أنَّ هذا نَوْعٌ مِن اللُّقَطَةِ ، فقُدِّمَ بوَصْفِها ، كلُقَطةِ المالِ ، ولأنَّ ذلك يَدُلُّ على قُوَّةِ يَدِه ، فكان مُقَدَّمًا بها . وقِياسُ اللَّقِيطِ على اللُّقَطَةِ أَوْلَى مِن قِياسِه على غيرِها ؛ لأنَّ اللَّقِيطَ لُقَطَةٌ . وإن لم يَصِفْه أحَدُهما ، فقال القاضِى ، وأبو الخَطَّابِ : يُسَلِّمُه الحاكِمُ إلى مَن يَرَى منهما أو مِن غيرِهما ؛ لأنَّه لا حَقَّ لهما . قال شيخُنا[1] : والأَوْلَى أن يُقْرَعَ بينهما ، كما لو كان فى أيْديهما ؛ لأنَّهما تنازَعا حَقًّا فى يَدِ غيرِهما ، أشْبَهَ ما لو تنازَعا وَديعةً عند غيرِهما . [٢٠٢/٥ و]

الإنصاف و « المُنْتَخَبِ » ، و « الوَسِيلَةِ » أنَّه لا يُقَدَّمُ واصِفُه . وذكَرَه فى « الفُنونِ » ، و « عُيونِ المَسائلِ » عن أصحابِنا ، وإليه مَيْلُ الحارِثِىِّ ؛ فإنَّه نظَر على تعْليلِ الأصحابِ .

فائدة : لو وَصَفاه جميعًا ، أُقْرِعَ بينَهما . قاله فى « التَّلْخيصِ » ، واقْتَصرَ عليه الحارِثِىُّ .

قوله : وإلَّا سَلَّمَه الحاكِمُ إلى مَن يرَى منهما ، أو مِن غيرِهما . يعْنِى ، إذا لم يكُنْ فى أيْدِيهما ، ولا فى يَدِ واحدٍ منهما ، ولا بَيِّنَةَ لهما ، ولا لأحَدِهما ، ولا وَصَفاه ، ولا أحدُهما . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : قال

---

(١) فى : المغنى ٣٦٦/٨ .

المقنع

فَصْلٌ : وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدِيَتُهُ إِنْ قُتِلَ لِبَيْتِ الْمَالِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَحِمَه اللهُ : (ومِيراثُ اللَّقِيطِ ودِيَتُه إن قُتِلَ لبَيْتِ المالِ) إن لم يُخَلِّفْ وارِثًا . ولا وَلاءَ عليه . وإنَّما يَرِثُه المُسْلِمون ؛ لأنَّهم خُوِّلُوا كلَّ مالٍ لا مالِكَ له ، ولأنَّهم يَرِثُون مالَ مَنْ لا وارِثَ له غيرَ اللَّقِيطِ ، فكذلك اللَّقِيطُ . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافعيِّ ، وأكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال شُرَيْحٌ ، وإسحاقُ[1] : عليه الوَلاءُ لمُلْتَقِطِه ؛ لقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لأبِى جَميلَةَ فى لَقِيطِه : هو حُرٌّ ، ولك وَلاؤُه[2] . ولِما روَى واثِلَةُ ابنُ الأسْقَعِ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « المَرْأةُ تَحُوزُ ثَلاثَةَ مَوارِيثَ ؛

الإنصاف

الأصحابُ ، والمُصَنِّفُ هنا : يُسَلِّمُه القاضى إلى مَن يرَى منهما ، أو مِن غيرِهما . قال فى « القَواعِدِ » : قال القاضى ، والأكْثَرون : لا حقَّ لأحَدِهما فيه ، ويُعْطِيه الحاكِمُ لمَن شاءَ منهما ، أو مِن غيرِهما . انتهى . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفروعِ » وغيرِه . وقال المُصَنِّفُ : الأَوْلَى أنْ يُقْرَعَ بينَهما ، كما لو كان فى أيْدِيهما .

فائدة : مَن أسْقَطَ حقَّه منه ، سقَط .

قوله : ومِيراثُ اللَّقِيطِ ودِيَتُه إنْ قُتِلَ لبَيْتِ المالِ . هذ المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وذكَر ابنُ أبى مُوسى فى « الإرْشادِ » ، أنَّ بعضَ شُيوخِه حكَى رِوايَةً عن أحمدَ ، أنَّ المُلْتَقِطَ يرِثُه . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، ونصَرَه ، وصاحِبُ « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو الحقُّ .

---

(١) بعده فى حاشية الأصل : « والليث » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٧٩ .

الشرح الكبير

عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِى لَاعَنَتْ عَلَيْهِ » . أَخْرَجَه أبو داوُدَ ، والتِّرْمِذِىُّ[1] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « إنَّما الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[2] . ولأنَّه لم يَثْبُتْ عليه رِقٌّ ، ولا على آبائِه ، فلم يَثْبُتْ عليه وَلاءٌ ، كمَعْرُوفِ النَّسَبِ . ولأنَّه لا وَلاءَ عليه إن كان ابنَ حُرَّيْن ، وإن كان ابنَ مُعْتَقَيْن ، فلا يكونُ عليه وَلاءٌ لغيرِ مُعْتِقِهما . وحَدِيثُ واثِلَةَ لا يَثْبُتُ . قالَهُ ابنُ المُنْذِرِ . وقال فى خَبَرِ عُمَرَ : أبو جَمِيلَةَ رَجُلٌ مَجْهُولٌ ، لا تَقُومُ بحَدِيثِه حُجَّةٌ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ عُمَرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، عَنَى بقَوْلِه : لَكَ وَلاؤُه . وِلايَةَ القِيامِ به وحِفْظِه . ولذلك ذَكَرَه عَقِيبَ قولِ عَرِيفِه : إنَّه رَجُلٌ صالِحٌ . وهذا يَقْتَضِى تَفْوِيضَ الوِلايةِ إليه ؛ لكَوْنِه مَأْمُونًا عليه ، دُونَ المِيراثِ . إذا ثَبَت هذا ، فحُكْمُ اللَّقِيطِ فى المِيراثِ حُكْمُ مَن عُرِفَ نَسَبُه وانْقَرَضَ أَهْلُه ، يُدْفَعُ إلى بَيْتِ المالِ إذا لم يَكُنْ له وارِثٌ ، فإن كانت له زَوْجَةٌ فلها الرُّبْعُ ، والباقِى لبَيْتِ المالِ ، كمَنْ عُرِفَ نَسَبُه . واللهُ أعْلَمُ . فإن قُتِلَ خطأً فالدِّيَةُ لبيتِ المالِ ؛ لأنَّ حُكْمَها حُكْمُ المِيراثِ ، وهو لبَيْتِ المالِ ، فكذلك الدِّيَةُ .

الإنصاف ....

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب ميراث ابن الملاعنة ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢/١١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء ما يرث النساء ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨/٢٦٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب المرأة تحوز ثلاث مواريث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/٩١٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٩٠ ، ٤/١٠٧ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/٢٣٤ .

المقنع

وَإِنْ قُتِلَ عَمْدًا ، فَوَلِيُّهُ الْإِمَامُ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَّ[1] ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ . وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ عَمْدًا ، انْتُظِرَ بُلُوغُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، فَلِلْإِمَامِ الْعَفْوُ عَلَى مَالٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

٢٥٣٩ - مسألة : (وإن قُتِلَ عَمْدًا ، فوَلِيُّه الإمامُ ، إن شاء اقْتَصَّ ، وإن شاء أخذَ الدِّيَةَ) أيَّ ذلك فَعَل جاز إذا رآه أصْلَحَ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ يُخَيِّرُه بين القِصاصِ والمُصالَحَةِ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ »[2] . ومتى عَفَا على مالٍ أو صالحَ عليه ، كان لبَيْتِ المالِ ، كجِنايَةِ الخَطأ المُوجِبَةِ للمالِ .

٢٥٤٠ - مسألة : (وإن قُطِعَ طَرَفُه عَمْدًا ، انْتُظِرَ بُلُوغه ، إلَّا أن يكونَ فَقِيرًا أو مَجْنُونًا ، فللإمامِ العَفْوُ على مالٍ يُنْفَقُ عليه) إذا جُنِيَ على

الإنصاف

قوله : وإنْ قُتِلَ عَمْدًا ، فوَلِيُّه الإمامُ ؛ إنْ شاءَ اقْتَصَّ ، وإنْ شاءَ أخذ الدِّيَةَ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » وغيرُه ، وذكَر فى « التَّلْخيصِ » وَجْهًا ، أنَّه لا يجبُ له حَقُّ الاقْتِصاصِ ، وأنَّ أبا الخَطَّابِ خرَّجه ، قال : ووَجْهُه أنَّه ليس له وارِثٌ مُعَيَّنٌ ، فالمُسْتَحِقُّ جميعُ المُسْلِمين ، وفيهم صِبْيانٌ ومَجانِينُ ، فكيف يُسْتَوْفَى ؟ قال : وهذا يجْرِى فى قَتْلِ كُلِّ مَن لا وارِثَ له . انتهى.

قوله : وإنْ قُطِعَ طَرَفُه عَمْدًا ، انْتُظِرَ بُلُوغه [٢٣٥/٢ ظ] . يعْنِى ، مع رُشْدِه . هذا

---

(١) فى حاشية المخطوطة : « وإن شاء عفا » .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب الولى ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٨١/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا نكاح إلا بولى ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١٣/٥ . وابن ماجه ، فى : باب لا نكاح إلا بولى =

الشرح الكبير

اللَّقِيطِ جنايَةٌ [٢٠٢/٥ ظ] فيما دُونَ النَّفْسِ تُوجِبُ المالَ ، قبلَ بُلُوغِه ، فلِوَلِيِّه أخْذُ الأَرْشِ . وإن كانت مُوجِبَةً للقِصاصِ وله مالٌ يَكْفِيه ، وَقَفَ الأمْرُ على بُلُوغِه ليَقْتَصَّ أو يَعْفُوَ ، سواءٌ كان عاقِلًا أو مَعْتُوهًا . وكذلك إن لم يَكُنْ له مالٌ وكان عاقِلًا . وإن كان مَعْتُوهًا ، فللإمامِ العَفْوُ على مالٍ يُنْفَقُ عليه ؛ لأنَّ المَعْتُوهَ ليست له حالٌ مَعْلُومَةٌ تُنْتَظرُ ؛ لأنَّ ذلك قد يَدُومُ به ، بخِلافِ العاقِلِ ، فإنَّ له حالةً تُنْتَظَرُ . ويُحْبَسُ الجانِى فى الحالِ التى يُنْتَظَرُ بُلُوغُه حتى يَبْلُغَ ويَسْتَوْفِىَ لِنَفْسِه . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ للإمامِ اسْتِيفاءَ القِصاصِ له قبلَ بُلُوغِه . وهو مَذْهَبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنه أحَدُ نَوْعَىِ القِصاصِ ، فكان للإمامِ اسْتِيفاؤُه عن اللَّقِيطِ ؛ كالنَّفْسِ . ولَنا ، أنَّه قِصاصٌ لم يَتَحَتَّمِ اسْتِيفاؤُه ، فوَقَفَ على مَن هو له ، كما لو كان بالِغًا غائبًا . وفارَقَ القِصَاصَ فى النَّفْسِ ؛ لأنَّ القِصاصَ ليس هو له ، بل هو لِوارِثِه ، والإمامُ المُتَوَلِّى له .

الإنصاف

المذهبُ . قال الحارِثِيُّ : هذا الصَّحيحُ المَشْهورُ فى المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : والأشْهَرُ ، يُنْتَظَرُ رُشْدُه ، إذا قُطِعَ طَرَفُه . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » وغيرِه . وعنه ، للإمامِ اسْتِيفاؤُه قبلَ البُلُوغِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . قال فى « الفائقِ » : وهو المَنصوصُ المُخْتارُ . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » .

= من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٥/١ . والدارمى ، فى : باب النهى عن النكاح بغير ولى ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٣٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٠/١ ، ٤٧/٦ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

الشرح الكبير

فصل : إذا جَنَى اللَّقِيطُ جِنايَةً تَحْمِلُها العاقِلَةُ ، فهى على بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّ مِيراثَه له ، ونَفَقَتَه عليه . وإن جَنَى جِنايَةً لا تَحْمِلُها العاقِلَةُ ، فحُكْمُه فيها حُكْمُ غيرِ اللَّقِيطِ ؛ إن كانتْ تُوجِبُ القِصاصَ وهو بالِغٌ عاقِلٌ ، اقْتُصَّ منه ، وإن كانت مُوجِبَةً للمالِ وله مالٌ ، اسْتُوْفِيَ منه ، وإلَّا كان فى ذِمَّتِه حتى يُوسِرَ . وإن قَذَفَ اللَّقِيطُ بعدَ بُلُوغِه مُحْصَنًا ، حُدَّ ثمانِينَ ؛ لأنَّه حُرٌّ .

الإنصاف

قوله : إلَّا أنْ يكُونَ فَقِيرًا مَجْنُونًا ، فللإمامِ العَفْوُ على مالٍ يُنْفَقُ عليه . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، (١)وغيرُهم مِنَ الأصحابِ(١) . فعلى هذا ، يجِبُ على الإمامِ فِعْلُ ذلك ؛ لأنَّ عليه رِعايَةَ الأَصْلَحِ ، والتَّعْجيلُ هنا هو الأَصْلَحُ . قدَّمه الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » . وهو الصَّوابُ . وقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : يُسْتَحَبُّ ذلك ، ولا يجِبُ .

تنبيه : دخَل فى عُمومِ قوْلِه : انْتُظِرَ بُلُوغُه . أنَّه لو كان فِقيرًا عاقِلًا ، فليس للإمامِ العَفْوُ على مالٍ يُنْفَقُ عليه . وهو أحدُ الوَجْهَيْن ، وهو ظاهِرُ ما قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الشَّرْحِ » هنا ، و « الفُصولِ » ، و « المُغْنِى » هنا . والوَجْهُ الثَّانى ، للإمامِ ذلك . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال القاضى ، والمُصَنِّفُ ، فى بابِ القَوَدِ ، عندَ قَوْلِ الخِرَقِىِّ : إذا اشْتَرَكَ جماعَةٌ فى القَتْلِ : هذا أصحُّ . وكذا قال فى « الكافِى » ، فى بابِ العَفْوِ عنِ القِصاصِ . وصحَّحه فى « الشَّرْحِ » ، فى بابِ اسْتِيفاءِ القِصاصِ . وحكاه المَجْدُ عن نصِّ أحمدَ . وفى بعضِ نُسَخِ « المُقْنِعِ »

(١ - ١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنِ ادَّعَى الْجَانِى عَلَيْهِ أَوْ قَاذِفُهُ رِقَّهُ ، وَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ .

الشرح الكبير

٢٥٤١ - مسألة : (وإنِ ادَّعَى الجانِى عليه أو قاذِفُه رِقَّه ، وكَذَّبَه اللَّقِيطُ بعد بُلُوغِه ، فالقولُ قولُ اللَّقِيطِ) إذا قَذَف اللَّقِيطَ قاذِفٌ ، وهو مُحْصَنٌ ، فعليه الحَدُّ ، فإنِ ادَّعَى القاذِفُ رِقَّه ، فصَدَّقَه اللَّقِيطُ ، سَقَطَ

الإنصاف

هنا : إلَّا أنْ : يكونَ فِقيرًا أو مجْنونًا . بـ « أو » ، لا بـ « الواو » . وقد قال المُصَنِّفُ ، فى هذا الكِتابِ ، فى باب اسْتِيفاءِ القِصاصِ : فإنْ كانا مُحْتاجَيْن إلى النَّفَقَةِ ، يعْنِى وكذا الصَّبِىَّ ، والمَجْنونَ ، فهل لوَلِيِّهما العَفْوُ عن الدِّيَةِ ؟ يحْتَمِلُ وَجْهَيْن . وكذا أبو الخَطَّابِ ، فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرُهم هناك . وأطْلَقَهما أيضًا فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » . ودخَل أيضًا فى عُمومِ كلامِه ، لو كان مَجْنونًا غَنِيًّا ، فليس للإمامِ العَفْوُ على مالٍ ، بل تُنْتَظَرُ إفاقَتُه . وهو المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . وقطَع به فى « الشَّرْحِ » . وذكَر فى « التَّلْخيصِ » وَجْهًا ، للإمامِ ذلك . وجزَم به فى « الفُصولِ » ، و « المُغْنِى » ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » .

تنبيه : حيثُ قُلْنا : يُنْتَظَرُ البُلوغُ أوِ العقْلُ . فإنَّ الجانِىَ يُحْبَسُ إلى أوانِ البُلوغِ والإفاقَةِ ، وحيثُ قُلْنا بالتَّعْجيلِ وأخْذِ المالِ ، لو طلَب اللَّقِيطُ بعدَ بُلوغِه وعقْلِه القِصاصَ ، ورَدَّ المالِ ، لم يجِبْ . ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه ، وفرَّقُوا بينَه وبين الشُّفْعَةِ .

قوله : وإنِ ادَّعَى الجانِى عليه أو قاذِفُه رِقَّه ، فكَذَّبَه اللَّقِيطُ بعدَ بُلوغِه ، فالقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ . وهو المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ »

الشرح الكبير

الحَدُّ ؛ لإقْرارِ المُسْتَحِقِّ بسُقُوطِه . وإنِ ادَّعى أنَّه عَبْدٌ فصَدَّقَه ، وَجَب على القاذِفِ التَّعْزِيرُ ؛ لقَذْفِه مَنْ ليس بمُحْصَنٍ . وإن كَذَّبَه اللَّقِيطُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، فقَوْلُه مُوافِقٌ للظّاهِرِ ، ولذلك أوْجَبْنا عليه حَدَّ الحُرِّ إذا كان قاذِفًا . وإنِ ادَّعَى الجانِى رِقَّهُ وكَذَّبَه اللَّقِيطُ وادَّعَى الحُرِّيَّةَ ، أوْجَبْنا له القِصاصَ وإن كان الجانِى حُرًّا ؛ لِما ذَكَرْنا . قال شيخُنا(١) : ويَحْتَمِلُ أن يكونَ القولُ قولَ القاذِفِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ صِحَّةُ قَوْلِه ، بأن يكونَ ابنَ أمَةٍ ، فيكونَ ذلك شُبْهَةً ، والحَدُّ يَنْدَرِئُ بالشُّبُهاتِ . وفارَقَ القِصاصَ له إذا ادَّعَى الجانِى عليه أنَّه عَبْدٌ ؛ [٥/٢٠٣ و] لأنَّ القِصَاصَ ليس بحَدٍّ ، وإنَّما وَجَب حَقًّا لآدَمِيٍّ ، ولذلك جازَتِ المُصالَحَةُ عنه وأخْذُ بَدَلِه ، بخِلافِ حَدِّ القَذْفِ . وإن قُلْنا : إنَّ القَذْفَ حَقٌّ لآدَمِيٍّ . فهو كالقِصَاصِ . ويُخَرَّجُ مِن هذا أنَّ اللَّقِيطَ إذا كان قاذِفًا ، فادَّعَى أنَّه عَبْدٌ ليَجِبَ عليه حَدُّ العَبْدِ ، قُبِلَ منه ؛ لذلك . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ مَن كان مَحْكُومًا بحُرِّيَّتِه ، لا يَسْقُطُ الحَدُّ عن قاذِفِه باحْتِمالِ رِقِّه ، بدَليلِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، ولو سَقَط لهذا الاحْتِمالِ ، لسَقَطَ وإن لم يَدَّعِ القاذِفُ رِقَّه ؛ لأنَّه مَوْجُودٌ وإن لم يَدَّعِه .

الإنصاف

وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . ويحْتَمِلُ أنَّ القَوْلَ قَوْلُ القاذِفِ . قالَه المُصَنِّفُ . قال الحارِثِىُّ : وذكَر صاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، فى قَتْلِ مَن لا يُعْرَفُ إذا ادُّعِىَ رِقُّه ، وَجْهًا ،

---

(١) فى : المغنى ٨/٣٥٤ .

المقنع وَإِنِ ادَّعَى إِنْسَانٌ أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ أَنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يُعْتَبَرَ قَوْلُهَا فِي مِلْكِهِ .

الشرح الكبير **٢٥٤٢** – مسألة : (وإنِ ادَّعَى إنْسانٌ أنَّه مَمْلُوكُه ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ تَشْهَدُ أنَّ أمَتَه وَلَدَتْه فى مِلْكِه . ويَحْتَمِلُ ألَّا يُعْتَبَرَ قَوْلُها فى مِلْكِه) وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا ادَّعَى رِقَّ اللَّقِيطِ مُدَّعٍ ، سُمِعَتْ دَعْواهُ ؛ لأنَّها مُمْكِنَةٌ ، وإن كانت مُخالِفَةً لظاهِرِ الدّارِ . فإن لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فلا شيءَ له ؛ لأنَّها دَعْوَى تُخالِفُ الظّاهِرَ . وتُفارِقُ دَعْوَى النَّسَبِ مِن وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّ دَعْوَى النَّسَبِ لا تُخالِفُ الظّاهِرَ ، ودَعْوَى الرِّقِّ تُخالِفُه . الثانى ، أنَّ

الإنصاف أنَّ القَوْلَ قَوْلُه . وعنِ القاضى ، فى كتابِ « الخِصالِ » ، أنَّه جزَم به ؛ لأنَّ الرِّقَّ مُحْتَمِلٌ ، والأَصْلُ البَراءَةُ . وذكَر صاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، فى قَذْفِ مَن لا يُعْرَفُ إذا ادُّعِيَ رِقُّه ، رِوايةً بقبُولِ قَوْلِه ؛ لأنَّ احْتِمالَ الرِّقِّ شُبْهَةٌ ، والحَدُّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، والأَصْلُ البَراءَةُ .

فائدة : لو كان اللَّقِيطُ مُمَيِّزًا ، يَطأُ مِثْلُه ، وجَب الحدُّ على قاذِفِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وخُرِّجَ وَجْهٌ بانْتِفاءِ الوُجوبِ ، وقيل : هو رِوايَةٌ . فعلى المذهبِ ، يُشْتَرَطُ لإقامَتِه المُطالَبَةُ بعدَ البُلُوغِ ، وليس للوَلِيِّ المُطالَبَةُ . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه . ويأْتِى ذلك فى أوائلِ بابِ القَذْفِ .

قوله : وإنِ ادَّعَى إنْسانٌ أنَّه مَمْلُوكُه ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ تشهَدُ أنَّ أَمَتَه ولَدَتْه فى مِلْكِه . إذا ادَّعَى إنْسانٌ أنَّه مَمْلُوكُه ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ له بَيِّنَةٌ ، أو لا ، فإنْ لم يكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ فى يَدِه ، أو لا ؛ فإنْ لم يكُنْ فى يَدِه ، فلا شيءَ له . وإنْ كان فى يَدِه ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ المُلْتَقِطَ أو غيرَه ، فإنْ

الشرح الكبير

دَعْوَى النَّسَبِ يُثْبِتُ بها حَقًّا لِلَّقِيطِ ، ودَعْوَى الرِّقِّ يُثْبِتُ بها حَقًّا عليه ، فلم تُقْبَلْ بمُجَرَّدِها ، كما لو ادَّعَى رِقَّ غيرِ اللَّقِيطِ . فإن لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى . وإن كانت له بَيِّنَةٌ ، فَشَهِدَتْ بالمِلْكِ أو باليَدِ ، لم يُقْبَلْ فيه إلا شَهادَةُ رَجُلَيْنِ ، أو رَجُلٍ وامْرَأتَيْن ، وإن شَهِدَتْ بالوِلادَةِ ، قُبِلَ فيه رَجُلٌ واحِدٌ وامْرأةٌ واحدةٌ ؛ لأنَّه ممّا لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ . ومتى شَهِدَتِ البَيِّنَةُ باليَدِ ، فإن كانت للمُلْتَقِطِ ، لم يَثْبُتْ بها مِلْكٌ ؛ لأنَّنا عَرَفْنا سَبَبَ يَدِه ، وإن كانت لأجْنَبِيٍّ ، حُكِمَ له باليَدِ ، والقَوْلُ قولُه مع يَمِينِه فى المِلْكِ . وإن شَهِدَتْ بالمِلْكِ ، فقالت : نَشْهَدُ أنَّه عَبْدُه – أو مَمْلُوكُه . حُكِمَ بها ، وإن لم تَذْكُرْ سَبَبَ المِلْكِ ، كما لو شَهِدَتْ بمِلْكِ دارٍ أو ثَوْبٍ . فإن شَهِدَتْ بأنَّ أمَتَه وَلَدَتْه فى مِلْكِه ، حُكِمَ له به ؛ لأنَّ أمَتَه لا تَلِدُ فى مِلْكِه إلَّا مِلْكَه . وإن تَشْهَدْ أنَّه ابْنُ أمَتِه ، أو أنَّ أمَتَه وَلَدَتْه ، و لم تَقُلْ : فى مِلْكِه . احْتَمَلَ أن يَثْبُتَ له المِلْكُ بذلك ، كقَوْلِها : فى مِلْكِه . لأنَّ أمَتَه مِلْكُه ، فنَماؤُها مِلْكُه ، كَسِمَنِها . واحْتَمَلَ أن لا يَثْبُتَ به المِلْكُ ؛ لأنَّه يجوزُ أن تَلِدَه قبلَ مِلْكِه إيّاها ، فلا يكونُ له [٥/٢٠٣ ظ] وهو ابنُ أمَتِه .

الإنصاف

كان المُلْتَقِطَ ، فلا شئَ له أيضًا . ذكَرَه فى « التَّلْخيص » وغيرِه . وإنْ كان غيرَ المُلْتَقِطِ ، صُدِّقَ . قالَه الحارِثِىُّ ، وقالَه فى « التَّلْخيص » وغيرِه ؛ لدِلالَةِ اليَدِ على المِلْكِ . قال الحارِثِىُّ : ومُقْتَضَى كلامِ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، وُجوبُ يَمِينِه . وهو الصَّوابُ ؛ لإمْكانِ عدَمِ المِلْكِ ، فلابُدَّ مِن يمَينٍ تُزِيلُ أثَرَ ذلك ، ثم إذا بلَغ ، و قال : أنا حُرٌّ . لم يُقْبَلْ . وإنْ كان له بَيِّنَةٌ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ تشْهَدَ بيَدِه ، أو بمِلْكِه ، أو بسَبَبِ مِلْكِه ، فإنْ شهِدَتْ بيَدِه ، فإنْ كان غيرَ

الشرح الكبير

فصل : فإن كانتِ الدَّعْوَى بعد بُلوغِ اللَّقِيطِ ، كُلِّفَ إجابَتَه ، فإن أنْكَرَ ولا بَيِّنَةَ للمُدَّعِي ، لم تُقْبَلْ دَعْواهُ ، وإن كانت له بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها ، فإن كان اللَّقِيطُ قد تَصرَّفَ قبلَ ذلك بِبَيْعٍ أو شِرَاءٍ ، نُقِضَتْ تَصرُّفاتُه ؛ لأنَّ تَصَرُّفَه (١بان أنَّه١) بغيرِ إذْنِ مالِكِه .

الإنصاف

المُلْتَقِطِ ، حُكِمَ له بها ، والقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه فى المِلْكِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والقاضى أيضًا ؛ لدِلالَةِ اليَدِ على المِلْكِ ، زادَ القاضى ، وأنَّه ضلَّ عنه ، أو ذهَب ، أو غُصِبَ . وإنْ شَهِدَتْ أنَّ أمَتَه ولَدَتْه فى مِلْكِه ، فعندَ الأصحابِ ، هو له . وإنِ اقْتَصرَتْ على أنَّ أمَتَه ولَدَتْه ، و لم تقُلْ : [٢/٢٣٦و] فى مِلْكِه . فقدَّم المُصَنِّفُ ، أنَّه لابُدَّ أنْ تشْهَدَ أنَّ أمَتَه ولَدَتْه فى مِلْكِه . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وصحَّحه النَّاظِمُ . وجزَم به فى « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . وقطَع به المُصَنِّفُ فى هذا الكِتابِ ، فى أثْناءِ كتابِ الشَّهاداتِ . ويحْتَمِلُ أنْ لا يُعْتَبرَ قوْلُ البَيِّنَةِ : فى مِلْكِه . بل يكْفِى الشَّهادَةُ بأنَّ أمَتَه ولَدَتْه . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ »، و« المُسْتَوْعِبِ »، و« المُغْنِى »، و« الشَّرْحِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وإنْ شهِدَتْ أنَّه مِلْكُه ، أو مَمْلُوكُه ، أو عَبْدُه ، أو رَقِيقُه ، ثبَت مِلْكُه بذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، وغيرُهم . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لابُدَّ مِن ذِكْرِ السَّبَبِ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وأبى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، وصاحِبِ « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم ؛

(١ - ١) فى م : « كان » .

المقنع وَإِنْ أَقَرَّ بِالرِّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ . وَعَنْهُ ، يُقْبَلُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً [١٥٢و] وَهَلْ يُقْبَلُ فِي غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٥٤٣** – مسألة : (وإن أقرَّ بالرِّقِّ بعد بُلُوغِه ، لم يُقْبَلْ . وعنه ، يُقْبَلُ . وقال القاضي : يُقْبَلُ فيما عليه ، رِوايةً واحِدَةً ، وهل يُقْبَلُ فى غيرِه ؟ على رِوايَتَيْن) إذا ادَّعى إنْسانٌ رِقَّ اللَّقِيطِ بعد بُلُوغِه ، فصَدَّقَه ، وكان قد اعْتَرَفَ بالحُرِّيَّةِ لنفْسِه قبلَ ذلك ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه بالرِّقِّ ؛ لأنَّه

الإنصاف لاحْتِمالِ التَّعْويلِ على ظاهِرِ اليَدِ . وأطْلَقَهما الحارِثِيُّ فى « شَرْحِه » . وفيه وَجْهٌ ثالثٌ ، بأنَّ البَيِّنَةَ لا تُسْمَعُ مِنَ المُلْتَقِطِ ، وتُسْمَعُ مِن غيرِه ؛ لاحْتِمالِ تعْويلِها على يَدِ المُلْتَقِطِ ، ويَدُه لا تقْبَلُ المِلْكَ . اخْتارَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » .

فائدة : قال فى « المُغْنِى »(١) : إنْ شهِدَتِ البَيِّنَةُ بالمِلْكِ ، أو باليَدِ ، لم يُقْبَلْ إلَّا رجُلان ، أو رجُلٌ وامْرَأتان ، وإنْ شهِدَتْ بالوِلادَةِ(٢) ، قُبِلَ امْرأةٌ واحدَةٌ ، أو رجُلٌ واحدٌ ؛ لأنَّه ممَّا لا يطَّلِعُ عليه الرِّجالُ . وقال القاضى : يُقْبَلُ فيه شاهِدان ، وشاهِدٌ وامْرأتان ، ولا يُقْبَلُ فيه النِّساءُ . قال الحارِثِيُّ : وهو أشْبَهُ بالمذهبِ .

قوله : وإنْ أقَرَّ بالرِّقِّ بعدَ بُلُوغِه ، لم يُقْبَلْ . إذا أقَرَّ اللَّقِيطُ بالرِّقِّ بعدَ البُلوغِ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يتقدَّمَه تصَرُّفٌ ، أو إقْرارٌ بحُرِّيَّةٍ ، أو لا ، فإنْ لم يتقَدَّمْ إقْرارَه تصَرُّفٌ ولا إقْرارٌ بحُرِّيَّةٍ ، بل أقَرَّ بالرِّقِّ ؛ جوابًا أو ابْتِداءً ، وصدَّقَه المُقَرُّ له ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يُقْبَلُ إقْرارُه بالرِّقِّ والحالَةُ هذه . صحَّحه المُصَنِّفُ

---

(١) المغنى ٣٨٤/٨ .

(٢) فى النسخ : « بالولاء » والمثبت من المغنى .

الشرح الكبير

اعْتَرَفَ بالحُرِّيَّةِ ، وهى حَقٌّ للهِ تعالى ، فلا يُقْبَلُ رُجُوعُه فى إبْطالِها . وإن لم يَكُنِ اعْتَرَفَ بالحُرِّيَّةِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، يُقْبَلُ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّه مَجْهولُ الحالِ ، أقَرَّ بالرِّقِّ ، فقُبِلَ ، كما لو قَدِمَ رَجُلانِ مِن دارِ الحَرْبِ ، فأقَرَّ أحَدُهما للآخَرِ بالرِّقِّ ، وكإقْرارِه بالحَدِّ والقِصاصِ فى نَفْسِه ، فإنَّه يُقبَلُ وإن تَضَمَّنَ فَواتَ نَفْسِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ . قال شَيْخُنا[1] : وهو الصَّحِيحُ ؛ لأنَّه يَبْطُلُ به حَقُّ اللهِ تعالى فى الحُرِّيَّةِ المَحْكُومِ بها ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أقَرَّ بالحُرِّيَّةِ قبلَ ذلك ، ولأنَّ الطِّفْلَ المَنْبُوذَ لا يَعْلَمُ رِقَّ نَفْسِه ولا حُرِّيَّتَها ، ولم يَتَجَدَّدْ له حالٌ يَعْرِفُ به رِقَّ نَفْسِه ؛ لأنَّه فى تلك الحالِ مِمَّن لا يَعْقِلُ ، ولم يَتَجَدَّدْ له رِقٌّ بعدَ الْتِقاطِه ، فكان إقْرارُه باطِلًا . وهذا قولُ ابنِ القاسِمِ ، وابنِ المُنْذِرِ . وللشافعيِّ

الإنصاف

فى « المُغْنِى » ، وحكاه القاضى وَجْهًا . وقطَع صاحِبُ « المُحَرَّرِ » بأنَّه يُقْبَلُ قوْلُه . واخْتارَه فى « التَّلْخيصِ » ، ومالَ إليه الحارِثِىُّ ، وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » . وإنْ تقدَّم إقْرارَه بالرِّقِّ تصَرُّفٌ ببَيْعٍ ، أو شِراءٍ ، أو نِكاحٍ ، أو إصْداقٍ ونحوِه ، فهذا لا يُقْبَلُ إقْرارُه بالرِّقِّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأكثرُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، يُقْبَلُ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » . وقال القاضى : يُقْبَلُ فيما عليه . رِوايَةً واحدةً . وهل يُقْبَلُ فى غيرِه ؟ على رِوايتَيْن . قال الحارِثِىُّ : وحكَى أبو الخَطَّابِ فى « كِتابِه » ، والسَّامَرِّىُّ عن القاضى ، اخْتِصاصَ الرِّوايتَيْن بما تضَمَّنَ حقًّا له ، أمَّا ما تضَمَّنَ حقًّا

---

(1) فى : المغنى ٣٨٥/٨ .

الشرح الكبير

وَجْهانِ ، كما ذَكَرْنا . فإنْ قُلْنا : يُقْبَلُ إقرارُه . صارَتْ أحْكامُه أحْكامَ العَبِيدِ فيما عليه خاصَّةً . وهذا الذى قالَه القاضِى . وبه قال أبو حنيفةَ ، والمُزَنِىُّ . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه أقرَّ بما يُوجِبُ حَقًّا عليه وحَقًّا له ، فوَجَبَ أن يَثْبُتَ ما عليه دُونَ ما له ، كما لو قال : لِفُلانٍ عَلَىَّ ألْفٌ ، وَلِى عندَه رَهْنٌ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُقْبَلُ إقْرارُه فى الجَميعِ . وهو القَوْلُ الثانى للشافعىِّ ؛ لأنَّه يَثْبُتُ ما عليه ، فيَثْبُتُ ما لَه ، كالبَيِّنةِ ، ولأنَّ هذه الأحكامَ تَبَعٌ للرِّقِّ ، فإذا ثَبَتَ الأصْلُ بقَوْلِه ، ثَبَتَ التَّبَعُ ، كما لو شَهِدَتِ امْرأةٌ بالوِلادةِ ، ثَبَتَتْ ، وثَبَتَ النَّسَبُ تَبَعًا لها .

فصل : فأمّا إن أقَرَّ بالرِّقِّ ابْتداءً لإنْسانٍ ، فصَدَّقَه ، فهو كما لو أقَرَّ به جَوابًا ، وإن كَذَّبَه ، بَطَلَ إقْرارُه . فإن أقَرَّ به بعدَ ذلك لرَجُلٍ آخَرَ ، جازَ . [٥/٢٠٤ و] وقال بعضُ أصحابِنا : يَتَوَجَّهُ أن لا يُسْمَعَ إقْرارُه الثانى ؛ لأنَّ إقْرارَه الأوَّلَ يَتَضَمَّنُ الاعْتِرافَ بنَفْىِ مالكٍ له سِوَى المُقَرِّ له ، فإذا بَطَلَ إقْرارُه برَدِّ المُقَرِّ له ، بَقِىَ الاعْتِرافُ بنَفْىِ مالكٍ له غيرِه ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُه

الإنصاف

عليه ، فيُقْبَلُ ، رِوايَةً واحدةً . قال : وحكاه المُصَنِّفُ هنا مُطْلَقًا عنه . وإنْ تقدَّم إقْرارُه بالحُرِّيَّةِ ، ثم أقَرَّ بالرِّقِّ ، لم يُقْبَلْ ، قوْلًا واحدًا . ولو أقَرَّ بالرِّقِّ لزَيْدٍ ، فلم يُصَدِّقْه ، بطَل إقْرارُه ، ثم إنْ أقَرَّ لعَمْرٍو ، وقُلْنا بقَبُولِ الإقْرارِ فى أصْلِ المَسْألَةِ ، ففى قَبُولِه له[1] وَجْهان . وأطْلَقَهما الحارِثِىُّ ، و « الفُروعِ » ، وذكَرَهما القاضى وغيرُه ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . والثَّانى ، لا يُقْبَلُ .

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

بما نفاهُ ، كما لو أقرَّ بالحُرِّيَّةِ ثم أقرَّ بعد ذلك بالرِّقِّ . ولَنا ، أنَّه إقْرارٌ لم يَقْبَلْه المُقَرُّ له ، فلم يَمْنَعْ إقْرارَه ثانيًا ، كما لو أقَرَّ له بثَوْبٍ ثم أقَرَّ به لآخَرَ بعدَ رَدِّ الأوَّلِ ، وفارَقَ الإقْرارَ بالحُرِّيَّةِ ، فإنَّ الإقْرارَ بها لم يَبْطُلْ و لم يُرَدَّ .

فصل : فإذا قَبِلْنا إقْرارَه بالرِّقِّ بعد نِكاحِه ، وهو ذَكَرٌ ، وكان قبلَ الدُّخولِ ، فَسَد النِّكاحُ فى حَقِّه ؛ لأنَّه عَبْدٌ تزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ مَوالِيه ، ولها عليه نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّه حَقٌّ عليه ، فلم يَسْقُطْ بقَوْلِه . وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، فَسَد نِكاحُه ، وعليه المَهْرُ كلُّه ؛ لِما ذَكَرْنا ، لأنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ الطَّلاقَ . فإذا أقَرَّ به قُبِلَ ، ووَلَدُه حُرٌّ تابعٌ لأُمِّه . وإن كان مُتزَوِّجًا بأمَةٍ فوَلَدُه لسَيِّدِها ويتَعلَّقُ المَهْرُ برَقَبَتِه ؛ لأنَّ ذلك مِن جناياتِه ، يَفْدِيه سَيِّدُه أو يُسَلِّمُه . وإن كان فى يَدِه كَسْبٌ ، اسْتَوْفَى المَهْرَ منه ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ إقْرارُه به لسَيِّدِه بالنِّسْبةِ إلى امْرَأتِه ، ولا يَنْقَطِعُ حَقُّها منه بإقْرارِه . وإن قُلْنا : يُقْبَلُ قَوْلُه فى جميعِ الأحكامِ . فالنِّكاحُ فاسِدٌ ؛ لكَوْنِه تزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، ويُفَرَّقُ بينهما ، ولا مَهْرَ لها عليه إن لم يَكُنْ دَخَل بها ، وإن كان دَخَل بها ، فلها عليه المَهْرُ المُسَمَّى ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن ، والأُخْرَى ، خُمْسَاه .

فصل : وإن كان اللَّقِيطُ أُنْثَى ، وقُلْنا : يُقْبَلُ فيما عليه خاصَّةً . فالنِّكاحُ صَحِيحٌ فى حَقِّه . فإن كان قَبْلَ الدُّخولِ فلا مَهْرَ لها ؛ لإقْرارِها بفَسادِ نِكاحِها ، وأنَّها أمَةٌ تزَوَّجَتْ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، والنِّكاحُ الفاسِدُ لا يَجِبُ المَهْرُ فيه إلَّا بالدُّخولِ . وإن كان دَخَل بها ، لم يَسْقُطْ مَهْرُها ، ولسَيِّدِها

الشرح الكبير

الأَقَلُّ ؛ مِن المُسَمَّى أو مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأَنَّ المُسَمَّى إن كان أَقَلَّ ، فالزَّوْجُ يُنْكِرُ وُجُوبَ الزِّيادَةِ عليه ، وقولُها غيرُ مَقْبُولٍ فى حَقِّه . وإن كان الأَقَلُّ مَهْرَ المِثْلِ ، فهى وسَيِّدُها يُقِرّان بفَسادِ النِّكاحِ ، وأَنَّ الواجبَ مَهْرُ المِثْلِ ، فلا يَجِبُ أكْثَرُ منه ، إلَّا على الرِّوايَةِ التى يَجِبُ فيها المُسَمَّى فى النِّكاحِ الفاسِدِ ، فيَجِبُ [٥/٢٠٤ ظ] هٰهُنا قَلَّ أو كَثُرَ ؛ لإِقرارِ الزَّوْجِ بُوُجُوبِه . وأمّا الأَوْلادُ ، فأَحْرارٌ ، لا تَجِبُ قِيمَتُهم ؛ لأَنَّها لو وَجَبتْ لوَجَبَتْ بقَوْلِها ، ولا يَجِبُ بقَوْلِها حَقٌّ على غيرِها ، ولا يَثْبُتُ الرِّقُّ فى حَقِّ أَوْلادِها بقَوْلِها . فأمّا بقاءُ النِّكاحِ ، فيُقالُ للزَّوْجِ : قد ثَبَت أنَّها أمَةٌ وَلَدُها رَقِيقٌ لسَيِّدِها ، فإنِ اخْتَرْتَ المُقَامَ على ذلك فأَقْمِ ، وإن شِئْتَ فَفارِقْها . وسواءٌ كان مِمَّن يَجُوزُ له نِكاحُ الإِمَاءِ أو لم يَكُنْ ؛ لأَنَّنا لو اعْتَبَرْنا ذلك وأفْسَدْنا نِكاحَه ، لكان إفسادًا للعَقْدِ جَمِيعِه بقَوْلِها ؛ لأَنَّ شُرُوطَ نِكاحِ الأَمَةِ لا تُعْتَبَرُ فى اسْتِدامَةِ العَقْدِ ، إنَّما تُعْتَبرُ فى ابْتِدائِه . فإن قيل : فقد قَبِلْتُمْ قَوْلَها فى أنَّها أمَةٌ فى المُسْتَقْبَلِ ، وفيه ضَرَرٌ على الزَّوْجِ . قُلْنا : لم يُقْبَلْ قَوْلُها فى إيجابِ حَقٍّ لم يَدْخُلْ فى العَقْدِ عليه ، فأمّا الحُكْمُ فى المُسْتَقْبَلِ ، فيُمْكِنُ إيفاءُ حَقِّه وحَقِّ مَن ثَبَت له الرِّقُّ عليها ، بأن يُطَلِّقَها ، فلا يَلْزَمُه ما لم يَدْخُلْ عليه ، أو يُقِيمَ على نِكاحِها ، فلا يَسْقُطُ حَقُّ سَيِّدِها . فإن طَلَّقَها اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الحُرَّةِ ؛ لأَنَّ عِدَّةَ الطَّلاقِ حَقٌّ للزَّوْجِ ، بدَلِيلِ أنَّها لا تَجِبُ إلَّا بالدُّخولِ ، وسَبَبُها النِّكاحُ السابِقُ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُها فى تَنْقِيصِها ، وإن مات ، اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الأَمَةِ ؛ لأَنَّ المُغَلَّبَ فيها حَقُّ اللهِ تعالى ،

الشرح الكبير

بدَلِيلِ وُجُوبِها قبلَ الدُّخولِ ، فقُبِلَ قَوْلُها فيها . وإن قُلْنا بقَبُولِ قَوْلِها فى جميعِ الأَحْكامِ ، فهى أَمَةٌ تَزَوَّجَتْ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، فنِكاحُها فاسِدٌ ، ويُفَرَّقُ بينَهما ، ولا مَهْرَ لها إن كان قبلَ الدُّخولِ . وإن كان دَخَل بها ، وَجَب لها مَهْرُ أَمَةٍ تَزَوَّجَتْ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، على ما ذُكِرَ فى مَوْضِعِه . وهل يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ أو المُسَمَّى ؟ فيه روايتان . وتَعْتَدُّ حَيْضَتَيْنِ ؛ لأَنَّه وَطْءٌ فى نِكاحٍ فاسِدٍ . وأَوْلادُه أَحْرارٌ ؛ لاعْتقادِه حُرِّيَّتَها ، فهو مَغْرُورٌ ، وعليه قيمَتُهُم يومَ الوَضْعِ . وإن مات فليس عليها عِدَّةُ الوَفاةِ .

فصل : فإن كان قد تَصَرَّفَ ببَيْعٍ أو شِراءٍ ، فتَصرُّفُه صَحِيحٌ ، وما عليه مِن الحُقُوقِ والأَثْمانِ يُؤَدَّى مِمّا فى يَدِه ، وما بَقِىَ ففى ذِمَّتِه ؛ لأَنَّ مُعامِلَه لا يُقِرُّ برِقِّه . وإن قُلْنا بقَبُولِ إقْرارِه فى جميعِ الأَحْكامِ ، فَسَدَتْ عُقُودُه كلُّها ، ووَجَبَ رَدُّ الأَعْيانِ إلى أَرْبابِها إن كانت باقِيَةً ، وإن كانت تالِفةً وَجَبَتْ قِيمَتُها فى رَقَبَتِه أو فى ذِمَّتِه ، على ما ذَكَرْنا [٢٠٥/٥ و] فى اسْتِدانَةِ العَبْدِ ؛ لأَنَّه ثَبَت برِضَا صاحِبِه .

فصل : فإن كان قد جَنَى جِنايَةً مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فعليه القَوَدُ ، حُرًّا كان المَجْنِيُّ عليه أو عَبْدًا ؛ لأَنَّ إقْرارَه بالرِّقِّ يَقْتَضِى وُجُوبَ القَوَدِ عليه ، فيما إذا كان المَجْنِيُّ عليه عَبْدًا أو حُرًّا ، فقُبِلَ إقْرارُه فيه . وإن كانتِ الجِنايَةُ خطأً ، تَعَلَّقَ أَرْشُها برَقَبَتِه ؛ لأَنَّ ذلك مُضِرٌّ به ، فإن كان أَرْشُها أَكْثَرَ مِن قِيمَتِه ، وكان فى يَدِه مالٌ ، اسْتَوْفَى منه . وإن كان مِمَّا تَحْمِلُه العاقِلَةُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه فى إسْقاطِ الزِّيادَةِ ؛ لأَنَّ ذلك يَضُرُّ بالمَجْنِيِّ عليه ، فلا يُقْبَلُ

المقنع وَإِنْ قَالَ : إِنِّى كَافِرٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُرْتَدِّ . وَقِيلَ : يُقْبَلُ قَوْلُه إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ نَطَقَ بِالْإِسْلَامِ وَهُوَ يَعْقِلُهُ .

الشرح الكبير قَوْلُه فيه . وقيلَ : تَجبُ الزِّيادَةُ فى بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّ ذلك كان واجبًا للمَجْنِىِّ عليه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه فى إسْقاطِه . وإن جُنِىَ عليه جِنايَةٌ مُوجِبَةٌ للقَوَدِ ، وكان الجانِى حُرًّا ، سَقَط ؛ لأنَّ الحُرَّ لا يُقادُ بالعَبْدِ ، وقد أقَرَّ المَجْنِىُّ عليه بما يُسْقِطُ القِصَاصَ . وإن كانت مُوجِبَةً للمالِ تَقِلُّ بالرِّقِّ ، وَجَب أقَلُّ الأمْرَيْنِ . وإن كان مُساوِيًا للواجِبِ قَبْلَ الإقْرارِ ، وَجَب ، ويَدْفَعُ الواجِبَ إلى سَيِّدِه . وإن كان الواجِبُ يَكْثُرُ ؛ لكَوْنِ قِيمَتِه عَبْدًا أكْثَرَ مِن دِيَتِه حُرًّا ، لم يَجِبْ إلَّا أَرْشُ الجِنايَةِ على الحُرِّ . وإن قُلْنا : يُقْبَلُ قَوْلُه فى جميعِ الأحْكامِ . وَجَب أَرْشُ الجِنايةِ على العَبْدِ . وإن كان الأَرْشُ تَحْمِلُه العاقِلَةُ إذا كان حُرًّا ، سَقَط عن العاقِلَةِ ، ولم يَجِبْ على الجانِى ؛ لأنَّ إقْرارَه بالرِّقِّ يَتضَمَّنُ إقْرارَه بالسُّقوطِ عن العاقِلَةِ ، ولم يُقْبَلْ إقْرارُه على الجانِى ، فسَقَطَ . وقيلَ : لا يَتحَوَّلُ عن العاقِلَةِ . وعلى قولِ مَن قال : يُقْبَلُ إقْرارُه فى الأحْكامِ كلِّها . يُوجِبُ الأَرْشَ على الجانِى . واللهُ أعْلَمُ .

٢٥٤٤ – مسألة : (وإن قال : إنِّى كافِرٌ . لم يُقْبَلْ قَوْلُه ، وحُكْمُه حُكْمُ المُرْتَدِّ . وقيل : يُقْبَلُ ، إلَّا أن يكونَ قد نَطَق بالإسْلامِ وهو يَعْقِلُه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّا فى المَوْضِعِ الذى حَكَمْنا بإسْلامِ اللَّقِيطِ ، إنَّما ذلك

الإنصاف قوله : وإنْ قالَ : إنِّى كافِرٌ . لم يُقبَلْ قوْلُه ، وحُكْمُه حُكْمُ المُرْتَدِّ . إذا بلَغ اللَّقِيطُ سِنًّا يصِحُّ منه الإسْلامُ والرِّدَّةُ فيه ، على ما يأْتِى فى بابِ الرِّدَّةِ ، فنَطَق بالإسْلامِ ،

الشرح الكبير

ظاهِرًا لا يَقِينًا ؛ لاحْتمالِ أن يكونَ وَلَدَ كافِرَيْن ، ولهذا لو أقامَ كافِرٌ بَيِّنَةً أنَّه وَلَدُه وُلِدَ على فِراشِه ، حَكَمْنا له به . وسَنَذْكُرُ ذلك . ومَتَى بَلَغ اللَّقِيطُ حَدًّا يَصِحُّ فيه إسْلامُه ورِدَّتُه فوَصَفَ الإِسْلامَ ، فهو مُسْلِمٌ ، سواءٌ كان مِمَّن حُكِمَ بإسْلامِه أو كُفْرِه ، ولا يُقْبَلُ إقْرارُه بالكُفْرِ بعدَ ذلك ؛ لأنَّه إنْكارٌ بعدَ إقْرارِه ، فلا يُقْبَلُ ،[٥/٢٠٥ ظ] كغَيْرِه . وإن وَصَفَ الكُفْرَ وهو مِمَّنْ حُكِمَ بإسْلامِه بالدّارِ ، فهو مُرْتَدٌّ لا يُقَرُّ على كُفْرِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وذَكَرَ القاضِي وَجْهًا ، أنَّه يُقَرُّ على كُفْرِه . وهو مَنْصُوصُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ قَوْلَه أقْوَى مِن ظاهِرِ الدّارِ . وهذا وَجْهٌ بَعِيدٌ ؛ لأنَّ دَلِيلَ الإِسْلامِ وُجِدَ عَرِيًّا عن المُعارِضِ ، فثَبَتَ حُكْمُه واسْتَقَرَّ ، فلا يَجُوزُ

الإنصاف

فهو مُسْلِمٌ ، ثم إنْ قال : إنِّى كافِرٌ . فهو مُرْتَدٌّ ، بلا نِزاعٍ . وإنْ حكَمْنا بإسْلامِه تبَعًا للدَّارِ ، وبلَغ ، وقال : إنِّى كافِرٌ ، وهى مَسْأَلَةُ المُصَنِّفِ ، لم يُقْبَلْ قوْلُه ، وحُكْمُه حُكْمُ المُرْتَدِّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : هذا الصَّحيحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، يُقَرُّ ، على ما قالَه القاضى ، قال : إلَّا أنْ يكونَ قد نطَق بالإِسْلامِ وهو يَعْقِلُه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو وَجْهٌ بعيدٌ . فعلى هذا الوَجْهِ ، قال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وغيرُهما : إنْ وصَف كُفْرًا يُقَرُّ عليه بالجِزْيَةِ ، عُقِدَتْ له الذِّمَّةُ ، وأُقِرَّ فى الدَّارِ ، وإن لم يبْذُلْها ، أو كان كُفْرًا لا يُقَرُّ عليه ، أُلْحِقَ بمَأْمَنِه . قال فى « المُغْنِى »[1] : وهو بعيدٌ جِدًّا .

---

(١) المغنى ٣٥٢/٨ .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ ، أُلْحِقَ بِهِ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، رَجُلًا كَانَ أَوِ امْرَأَةً ، حَيًّا كَانَ اللَّقِيطُ أَوْ مَيِّتًا .

الشرح الكبير

إزالَةُ حُكْمِه ، كما لو كان ابْنَ مُسْلِمٍ . ولأنَّ قَوْلَه لا دَلالَةَ فيه أصْلًا ؛ لأنَّه لا يَعْرِفُ فى الحالِ مَن كان أبُوه ، ولا ما كان دِينُه ، وإنَّما يَقُولُ هذا مِن تِلْقاءِ نَفْسِه . فعلى هذا ، إذا بَلَغ اسْتُتِيبَ ثَلاثًا ، فإن تاب وإلَّا قُتِلَ . فأمّا على قَوْلِهم ، فقال القاضِى : إن وَصَف كُفْرًا يُقَرُّ عليه بالجِزْيَةِ ، عُقِدَتْ له الذِّمَّةُ ، فإنِ امْتَنَعَ مِن التِزامِها ، ووَصَفَ كُفْرًا لا يُقَرُّ أهْلُه عليه ، أُلْحِقَ بمَأْمَنِه . قال شيَخُنا[1] : وهذا بَعِيدٌ جِدًّا ؛ فإنَّ هذا اللَّقِيطَ لا يَخْلُو إمّا أن يكونَ ابْنَ حَرْبِيٍّ ، فهو حاصِلٌ فى أيْدِى المُسْلِمِينَ بغيرِ عَهْدٍ ولا عَقْدٍ ، فيكونُ لواجِدِه ، ويَصِيرُ مُسْلِمًا بإسْلامِ سابِيه ، أو يكونَ ابْنَ ذِمِّيَّيْن ، أو أحَدُهما ذِمِّىٌّ ، فلا يُقَرُّ على الانْتِقالِ إلى غيرِ دِينِ أهْلِ الكِتابِ ، أو يكونَ ابْنَ مُسْلمٍ أو مُسْلِمَيْن ، فيكونَ مُسْلِمًا . وقد قال أحمدُ ، فى أمَةٍ نَصْرانِيَّةٍ وَلَدَتْ مِن فُجُورٍ : وَلَدُها مُسْلِمٌ ؛ لأنَّ أبَوَيْه يُهَوِّدانِه ويُنَصِّرانِه ، وهذا ليس معه إلَّا أُمُّهُ . وإذا لم يَكُنْ لهذا الوَلَدِ حالٌ يَحْتَمِلُ أن يُقَرَّ فيها على دِينٍ لا يُقَرُّ أهْلُه عليه ، فكَيْفَ يُرَدُّ إلى دارِ الحَرْبِ !

فصل : قال الشيْخُ ، رَحِمَه اللهُ : (وإن أقَرَّ إنسانٌ أنَّه وَلَدُه ، أُلْحِقَ به ، مُسْلِمًا كان أو كافِرًا ، رَجُلًا أو امْرَأةً ، حيًّا كان اللَّقِيطُ أو مَيِّتًا) وجملةُ

الإنصاف

قوله : وإنْ أقَرَّ إنْسانٌ أنَّه وَلَدُه ، أُلْحِقَ به ؛ مُسْلِمًا كان أو كافِرًا ؛ رَجُلًا كان

---

(١) فى : المغنى ٣٥٢/٨ .

الشرح الكبير

ذلك، أنَّه إذا ادَّعَى مُدَّعٍ نَسَبَ اللَّقِيطِ، لم يَخْلُ مِن قِسْمَيْن ؛ أحدُهما، أن يَدَّعِيَه واحدٌ يَنْفرِدُ بدَعْوَتِه، فإن كان المُدَّعِي حُرًّا مُسْلِمًا، لَحِقَه نَسَبُه إذا أمْكَنَ أن يكُونَ منه، بغيرِ خِلافٍ بينَ أهْلِ العِلْمِ ؛ لأنَّ الإقْرارَ مَحْضُ نَفْعٍ للطِّفْلِ لاتِّصالِ نَسَبِه، ولا ضَرَرَ على غيرِه فيه، فقُبِلَ، كما لو أقَرَّ له بمالٍ. فإن كان المُقِرُّ به مُلْتَقِطَه أُقِرَّ فى يَدِه. وإن كان غيرَه، فله أن يَنْتَزِعَه مِن المُلْتَقِطِ ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ أنَّه أبُوه، فيكونُ أحَقَّ به، كما لو قامَتْ به بَيِّنَةٌ.

فصل: فإن كان المُدَّعِي عَبْدًا، أُلْحِقَ به ؛ لأنَّ لمَائِه حُرْمَةً، فلَحِقَ به نَسَبُهُ، كالحُرِّ. وهذا قولُ الشافعيِّ، [٢٠٦/٥ و] وغيرِه، غيرَ أنَّه لا تَثْبُتُ له حَضانَةٌ ؛ لأنَّه مَشْغُولٌ بخِدْمَةِ سَيِّدِه، ولا تَجبُ عليه نَفَقَتُه ؛ لأنَّه لا مالَ له، ولا تَجبُ على سَيِّدِه ؛ لأنَّ الطِّفْلَ مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه. فعلى

الإنصاف

أو امْرأَةً ؛ حَيًّا كان اللَّقِيطُ أو مَيْتًا. إذا أقَرَّ به حرٌّ مُسْلِمٌ، يُمْكِنُ كوْنُه منه، لَحِقَ به، بلا نِزاعٍ. ونصَّ عليه فى رِوايَةِ جماعةٍ، وإنْ أقَرَّ به ذِمِّيٌّ، أُلْحِقَ به نَسَبًا، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ، وعليه الأصحابُ، وهو داخِلٌ فى عُمومِ نصِّ أحمدَ. (١) وقيل : لا يَلْحَقُ به أيضًا فى النَّسَبِ. ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » (١). إذا علِمْتَ ذلك، فلا يلْحَقُه فى الدِّينِ، بلا نِزاعٍ، على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ، ويأْتِى حُكْمُ نفَقَتِه فى النَّفَقاتِ. قال القاضى وغيرُه : وإذا بلَغ، فوصَفَ الإسْلامَ، حكَمْنا بأنَّه لم يزَلْ مُسْلِمًا، وإنْ وصَفَ الكُفْرَ، فهل يُقَرُّ ؟ فيه [٢٣٦/٢ظ] الوَجْهان المَذْكوران فى المسْأَلَةِ التى قبلَها.

(١ - ١) سقط من : الأصل.

المقنع

وَلَا يَتْبَعُ الْكَافِرَ فِى دِينِهِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً أَنَّهُ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُلْحَقُ بِامْرَأَةٍ ذَاتِ زَوْجٍ ، وَعَنْهُ ، إِنْ كَانَ لَهَا إِخْوَةٌ أَوْ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهَا وَإِلَّا لَحِقَ .

الشرح الكبير

هذا ، تكونُ نَفقَتُه فى بَيْتِ المالِ .

فصل : فإن كان المُدَّعِى ذِمِّيًّا ، لَحِقَ به ؛ لأنَّه أقْوَى مِن العَبْدِ فى ثُبُوتِ الفِراشِ ، فإنَّه يَثْبُتُ له النِّكاحُ والوَطْءُ فى المِلْكِ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يَلْحَقُ به ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بإسْلامِه . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بنَسَبِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، يُمْكِنُ أن يكونَ منه ، وليس فى إقْرارِه إضْرارٌ لغيرِه ، فيَثْبُتُ إقْرارُه ، كالمُسْلِمِ .

٢٥٤٥ – مسألة : (ولا يَتْبَعُ الكافِرَ فى دِينِه إلَّا أن يُقِيمَ بَيِّنَةً أنَّه وُلِدَ على فِراشِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه يَتْبَعُ الكافِرَ فى النَّسَبِ لا فى الدِّينِ ، ولا حَقَّ له فى حَضانَتِه ، ولا يُسَلَّمُ إليه ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ للكافِرِ على المُسْلِمِ .

الإنصاف

قوله : ولا يَتْبَعُ الكافِرَ فى دِينِه ، إلَّا أنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً أنَّه وُلِدَ على فِراشِه . هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . قال الشَّارِحُ : هذا قَوْلُ بعضِ أصحابِنا ، وقِياسُ المذهبِ ، لا يلْحَقُه فى الدِّينِ ، إلَّا أنْ تشْهَدَ البَيِّنَةُ أنَّه وُلِدَ بينَ كافِرَيْن حَيَّيْن ؛ لأنَّ الطِّفْلَ يُحْكَمُ بإسْلامِه بإسْلامِ أحَدِ أبوَيْه ، أو مَوْتِه . انتهى . قال الحارِثِىُّ : قال الأصحابُ : إنْ أقامَ الذِّمِّىُّ بَيِّنَةً بوِلادَتِه على فِراشِه ، لَحِقَه فى الدِّينِ أيضًا ؛ لثُبوتِ أنَّه وُلِدَ بينَ[1] ذِمِّيَّيْن ، فكما لو لم يكُنْ لَقِيطًا . وهذا مُقَيَّدٌ باسْتِمْرارِ أبوَيْه على الحياةِ والكُفْرِ ، وقد أشارَ إليه فى « الكافِى » ؛ لأنَّ أحدَهما لو ماتَ ، أو أسْلَم ، لحُكِمَ

---

(١) سقط من : ط ، ا .

الشرح الكبير

وقال الشافعيُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْهِ : يَتْبَعُه فى دِينِه ؛ لأنَّ كُلَّ ما لَحِقَ به بنَسَبِه لَحِقَه به فى دِينِه ؛ كالبَيِّنَةِ ، إلَّا أنه يُحالُ بَيْنَه وبَيْنَه . ولَنا ، أنَّ هذا مَحْكُومٌ بإسْلامِه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُ الذِّمِّيِّ فى كُفْرِه ، كما لو كان مَعْرُوفَ النَّسَبِ ، ولأنَّها دَعْوَى تُخالِفُ الظاهِرَ ، فلم تُقْبَلْ بمُجَرَّدِها ، كدَعْوَى رِقِّه ، ولأنه لو تَبِعَه فى دِينِه لم يُقْبَلْ إقْرارُه بنَسَبِه ؛ لأنَّه يكونُ إضْرارًا به ، فلا يُقْبَلُ ، كدَعْوَى الرِّقِّ . أما مُجَرَّدُ النَّسَبِ بدُونِ اتِّباعِه فى الدِّينِ ، فمَصْلَحَةٌ عارِيَةٌ عن الضَّرَرِ ، فقُبِلَ قَوْلُه فيه . ولا يجوزُ قَبُولُه فيما هو أعْظَمُ الضَّرَرِ والخِزْىِ فى الدُّنْيا والآخِرَةِ . فإن أقام بَيِّنَةً أنَّه وُلِدَ على فِراشِه لَحِقَ به نَسَبًا ودِينًا . كذلك ذَكَرَه هٰهُنا . وهو قولُ بعضِ أصحابِنا ؛ لأنَّه ثَبَت أنَّه ابْنُه ببَيِّنَةٍ . وقِياسُ المَذْهَبِ أنَّه لا يَلْحَقُه فى الدِّينِ ، إلَّا أن تَشْهَدَ البَيِّنَةُ أنَّه وَلَدُ كافِرَيْنِ حَيَّيْنِ ؛ لأنَّ الطِّفْلَ يُحْكَمُ بإسْلامِه بإسلامِ أحَدِ أبَوَيْهِ أو مَوْتِه .

الإنصاف

بإسْلامِ الطِّفْلِ ، فلابُدَّ فيما قالوا مِن ذلك . انتهى . وإنْ أقَرَّتْ به امْرَأةٌ ، أُلْحِقَ بها . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ عندَ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . فعلى هذا ، قال الأصحابُ : لا يسْرِى اللَّحاقُ إلى الزَّوْجِ بدُونِ تَصْديقِه ، أو قيامِ بَيِّنَةٍ بوِلادَتِه على فِراشِه . وعنه ، لا يلْحَقُ بامْرأةٍ مُزَوَّجَةٍ[١] . وعنه ، لا يلْحَقُ بامْرأةٍ لها نَسَبٌ معْروفٌ أو إخْوَةٌ . وقيل : لا يُلْحَقُ بامْرأةٍ بحالٍ . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ ، وحكاه ابنُ المُنْذِرِ إجْماعًا .

---

(١) فى الأصل : « من وجه » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان المُدَّعِي امْرأةً ، فرُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ دَعْوَتَها تُقْبَلُ ، ويَلْحَقُها نَسَبُه ؛ لأنَّها أحَدُ الأبوَيْن ، أشْبَهَتِ الأبَ ، ولأنَّه يُمْكِنُ كَوْنُه منها ، كما يُمْكِنُ أن يكونَ مِن الرَّجُلِ بل أكْثَرُ ؛ لأنَّها تأْتِى به مِن زَوْجٍ ووَطْءِ شُبْهةٍ ، ويَلْحَقُها وَلَدُها مِن الزِّنَى دُونَ الرَّجُلِ . وقد رُوِىَ فى قِصَّةِ داوُدَ وسُليمانَ ، عليهما السلامُ ، حينَ تحاكَمَ إليهما امْرأتان كان لهما ابْنان ، فذَهَبَ الذِّئْبُ بأحَدِهما ، فادَّعَتْ كلُّ واحِدَةٍ منهما أنَّ الباقِىَ [٢٠٦/٥ ظ] ابْنُها ، فحَكَمَ به داوُدُ للكُبْرَى ، وحَكَم به سليمانُ للصُّغْرَى بمُجَرَّدِ

الإنصاف

تنبيه : شمِلَ كلامُ المُصَنِّفِ ، لو أقَرَّ به عَبْدٌ ، أنَّه يلْحَقُ به . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : اسْتِلْحاقُ العَبْدِ كاسْتِلْحاقِ الحُرِّ فى لَحاقِ النَّسَبِ ، قالَه الأصحابُ . انتهى . ولا تجِبُ نفقَتُه عليه ، ولا على سيِّدِه ؛ لأنَّه محْكومٌ بحُرِّيَّتِه ، وتكونُ نَفَقَتُه مِن بَيْتِ المالِ .

تنبيهٌ آخَرُ : شمِلَ قوْلُه : أوِ امْرَأةٌ . لو أقَرَّتْ أمَةٌ به . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : والأمَةُ كالحُرَّةِ فى دَعْوَى النَّسَبِ ، على ما ذكَرْنا . قالَه الأصحابُ ، إلَّا أنَّ الوَلَدَ لا يُحْكَمُ برِقِّه بدونِ بَيِّنَةٍ . حكاه المُصَنِّفُ ، ونصَّ عليه مِن رِوايَةِ ابنِ مُشَيْشٍ .

فوائد ؛ إحْداها ، المَجْنونُ كالطِّفْلِ ، إذا أمْكَنَ أنْ يكونَ منه ، وكان مَجْهولَ النَّسَبِ . الثَّانِيَةُ ، كلُّ مَن ثبَت لَحاقُه بالاسْتِلْحاقِ ، لو بلَغ وأنْكَرَ ، لم يُلْتَفَتْ إليه . قالَه الأصحابُ . نقَلَه الحارِثِىُّ . ويأْتِى حُكْمُ الإرْثِ ، فى بابِ الإقْرارِ بمُشارِكٍ فى المِيراثِ ، وكتابِ الإقْرارِ . الثَّالثةُ ، لوِ ادَّعَى أجْنَبِىٌّ نسَبَه ، ثبَت ، مع بَقاءِ مِلْكِ سيِّدِه ، ولو مع بَيِّنَةٍ بنَسَبِه . قال فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه : إلَّا أنْ يكونَ مُدَّعِيه امْرَأةً ،

الشرح الكبير

الدَّعْوَى منهما[1] . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيِّ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يَلْحَقُ بها دُونَ زَوْجِها ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَلْحَقَه نَسَبُ وَلَدٍ لم يُقِرَّ به . ولذلك إذا ادَّعَى الرَّجُلُ نَسَبَه ، لم يَلْحَقْ بزَوْجَتِه . فإن قِيلَ : الرَّجُلُ يُمْكِنُ أن يكونَ له وَلَدٌ مِن امْرأةٍ أُخْرَى ، ومِن أمَتِه ، والمَرْأةُ لا يَحِلُّ لها نِكاحُ غيرِ زَوْجِها ، ولا يَحِلُّ لغيرِه وَطْؤُها . قُلْنا : يُمْكِنُ أن تَلِدَ مِن وَطْءِ شُبْهَةٍ أو غيرِه . وإن كان الوَلَدُ يَحْتَمِلُ أن يكونَ مَوْجُودًا قبلَ تَزَوُّجِها بهذا الزَّوْجِ ، أمْكَنَ أن يكُونَ مِن زَوْجٍ آخَرَ . فإن قيل : إنَّما قُبِلَ الإقْرارُ بالنَّسَبِ مِن الزَّوْجِ لِما فيه مِن المَصْلَحَةِ ودَفْعِ العارِ عن الصَّبِيِّ ، وصِيانَتِه عن النِّسْبَةِ إلى كَوْنِه وَلَدَ زِنًى ، ولا يَحْصُلُ هذا بإلْحاقِ نَسَبِه بالمَرْأةِ ، بل فى إلْحاقِ نَسَبِه بها دُونَ زَوْجِها تَطَرُّقُ العارِ إليه وإليها . قُلْنا : بل قَبِلْنا دَعْواه ؛ لأنَّه يَدَّعِى حَقًّا لا مُنازِعَ له فيه ، ولا مَضَرَّةَ فيه على أحَدٍ ، فَقُبِلَ قَوْلُه فيه ، كدَعْوَى المالِ ، وهذا مُتَحَقِّقٌ فى دَعْوَى المَرْأةِ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنها إن كانَتْ ذاتَ زَوْجٍ ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ بدَعْواها ؛ لإفْضائِه إلى إلْحاقِ النَّسَبِ بزَوْجِها بغيرِ إقْرارِه ولا رِضاه ، أو إلى أنَّ امْرَأتَه وُطِئَتْ

الإنصاف

فتَثْبُتُ حُرِّيَّتُه ، وإنْ كان رجُلًا عرَبِيًّا ، فرِوايَتان ، وفى مُمَيِّزٍ وَجْهان ؛ أحدُهما ، صِحَّةُ إسْلامِه . واقْتَصرَ على ذلك فى « الفُروعِ » .

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ ووهبنا لداود سليمان نعم العبد ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب إذا ادعت المرأة ابنا ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٤/١٩٨ ، ٨/١٩٤ ، ١٩٥ . والنسائى ، فى : باب حكم الحاكم بعلمه ، من كتاب القضاء . المجتبى ٨/٢٠٦ ، ٢٠٧ .

الشرح الكبير

بزِنًى أو شُبْهَةٍ ، وفى ذلك ضَرَرٌ عليه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُها فيما يُلْحِقُ الضَّرَرَ به . وإن لم يَكُنْ لها زَوْجٌ ، قُبِلَتْ دَعْواها ؛ لعَدَمِ الضَّرَرِ . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعىِّ أيضًا . ورُوِىَ عن أحمدَ رِوايةٌ ثالِثَةٌ ، نَقَلَها الكَوْسَجُ عن أحمدَ ، فى امْرَأةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : إن كان لها إخوةٌ أو نَسَبٌ مَعْرُوفٌ فلا تُصَدَّقُ إلَّا ببيِّنةٍ ، وإن لم يَكُنْ لها دافِعٌ ، لم يُحَلْ بينَها وبَيْنَه ؛ لأنَّه إذا كان لها أهْلٌ ونَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لم تَخْفَ وِلادَتُها عليهم ، ويَتَضرَّرُون بإلْحاقِ النَّسَبِ بها ؛ لِما فيه مِن تَعْيِيرِهم بوِلادَتِها مِن غيرِ زَوْجِها ، وليس كذلك إذا لم يَكُنْ لها أهْلٌ . قال شَيْخُنا[1] : ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ النَّسَبُ بدَعْوَاها بحالٍ . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهْلِ العِلْمِ على أنَّ النَّسَبَ لا يَثْبُتُ بدَعْوَى المَرْأةِ ؛ لأنَّها يُمْكِنُها إقامةُ البَيِّنَةِ على الوِلادَةِ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُها بمُجَرَّدِه ، كما لو علَّقَ زَوْجُها [٥/٢٠٧ و] طَلَاقَها بوِلادَتِها . ولَنا ، أنَّها أحَدُ الوالِدَيْن ، أشْبَهَتِ الأبَ ، وإمْكانُ البَيِّنَةِ لا يَمْنَعُ قَبولَ القَوْلِ ، كالرَّجُلِ ، فإنَّه يُمْكِنُه إقامَةُ البَيِّنَةِ أنَّ هذا وُلِدَ على فِراشِه . وإن كان المُدَّعِى أمَةً فهى كالحُرَّةِ ، إلَّا أنَّا إذا قَبِلْنا دَعْواهَا فى نَسَبِه ، لم نَقْبَلْ قَوْلَها فى رِقِّه ؛ لأنَّنا لا نَقْبَلُ الدَّعْوَى فيما يَضُرُّه ، كما لم نَقْبَلِ الدَّعْوَى فى كُفْرِه إذا ادَّعَى نَسَبَه كافِرٌ .

الإنصاف ....

(١) فى : المغنى ٨/٣٧٠ .

المقنع وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بِهَا . وَإِنْ تَسَاوَوْا فِي الْبَيِّنَةِ أَوْ عَدَمِهَا ، عُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا إِنْ مَاتَا .

الشرح الكبير **٢٥٤٦** - مسألة : (فإنِ ادَّعاه اثْنان أو أكْثَرُ ، لأحَدِهم بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بها . فإنِ اسْتَوَوْا فى البَيِّنَةِ أو عَدَمِها ، عُرِضَ معهما على القافَةِ أو مع أقارِبهما إن ماتا) الكلامُ فى ذلك فى فُصُولٍ ؛ أحدُها ، أنَّه إذا ادَّعاه مُسْلِمٌ و كافِرٌ ، أو حُرٌّ وعَبْدٌ ، فهما سَواءٌ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : المُسْلِمُ أوْلَى مِن الذِّمِّيِّ ، والحُرُّ أوْلَى مِن العَبْدِ ؛ لأنَّ على اللَّقِيطِ ضَرَرًا فى إلْحاقِه بالعَبْدِ والذِّمِّيِّ ، فيكونُ إلْحاقُه بالحُرِّ المُسْلِمِ أوْلَى ، كما لو تَنازَعُوا فى الحَضانةِ . ولَنا ، أنَّ كُلَّ واحدٍ لو انْفَرَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُه ، فإذا تنازَعُوا تَساوَوْا فى الدَّعْوَى ، كالأحْرارِ المُسْلِمِينَ . وما ذَكَرُوه مِن الضَّرَرِ لا يَتحقَّقُ ، فإنَّنا لا نَحْكُمُ برِقِّه ولا كُفْرِه . و لا يُشْبِهُ النَّسَبُ الحَضانَةَ ، بدَلِيلِ أنَّنا نُقَدِّمُ فى الحَضانَةِ المُوسِرَ والحَضَرِيَّ ، ولا نُقَدِّمُهُما فى دَعْوَى

الإنصاف **تنبيه** : ظاهِرُ قوْلِه : وإنِ ادَّعاه اثْنان أو أكْثَرُ ، لأحَدِهم بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بها ، فإنْ تَساوَوا فى بَيِّنَةٍ ، أوعَدَمِها، عُرِضَ معهما على القافَةِ ، أو مع أقارِبهما إنْ ماتا . سَماعُ دَعْوَى الكافِرِ ، ولو لم يكُنْ لَه بَيِّنَةٌ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وفى « الإرْشادِ » وَجْهٌ ، لا تُسْمَعُ دَعْوَى الكافِرِ بلا بَيِّنَةٍ . وقال فى « التَّلْخيصِ » : إنْ كان لأحَدِهما يَدٌ غيرُ يَدِ الالتِقاطِ ، و كان قد سبَق اسْتِلْحاقُه ، فإنَّه يُقدَّمُ على مُسْتَلْحِقِه مِن بعدُ ، وإنْ لم يُسْمَعِ اسْتِلْحاقُه إلَّا عندَ دَعْوَى الثَّانى ، ففى تقْديمِه بمُجَرَّدِ اليَدِ احْتِمالان . انتهى .

الشرح الكبير

النَّسَبِ . ولأنَّ الحَضانَةَ إنَّما يُراعَى فيها حَقُّ الطِّفْلِ حَسْبُ ، وهٰهُنا يَنْبَغِي أن يُرَاعَى حَقُّ المُدَّعِي أيضًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : إذا كان عَبْدٌ[1] ، امْرَأَته أمَةٌ ، فى أيْدِيهما صَبِيٌّ ، فادَّعَى رَجُلٌ مِن العَرَبِ امْرَأَته عَرَبِيَّةٌ أنَّه ابْنُه مِن امْرأَتِه ، وأقامَ العَبْدُ بَيِّنَةً بدَعْواه ، فهو ابنُه فى قولِ أبى ثَوْرٍ وغيرِه . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يُقْضَى به للعَرَبِيِّ ، للعِتْقِ الذى يَدْخُلُ فيه ، وكذلك إن كان المُدَّعِي مِن المَوالِي عِندَهم . قال شَيْخُنا[2] : وهذا غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ العَرَبَ وغيرَهم فى أحْكامِ اللهِ تعالى ولُحُوقِ النَّسَبِ بهم سَواءٌ .

الفصلُ الثانى ، أنَّه إذا ادَّعاهُ اثْنان أو أكْثَرُ ، وكان لأحَدِهما بَيِّنةٌ ، فهو ابْنُه ، وإن أقامَ كلُّ واحدٍ منهم بَيِّنةً ، تَعارَضَتْ وسَقَطَتْ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اسْتِعْمالُها هٰهُنا ؛ لأنَّ اسْتِعْمالَها فى المالِ إمّا بِقِسْمَتِه بين المُتنازِعَيْنِ ، ولا يمكنُ هٰهُنا ، أو بالقُرْعَةِ ، والقُرْعَةُ لا يَثْبُتُ بها النَّسَبُ . فإن قِيلَ : إنَّما يَثْبُتُ هٰهُنا بالبَيِّنَةِ لا بالقُرْعَةِ ، وإنَّما القُرْعَةُ مُرَجِّحَةٌ . قُلْنا : فيَلْزَمُ أنَّه إذا اشْتَرَكَ رَجُلان فى وَطْءِ امْرأةٍ ، وأتَتْ بوَلَدٍ ، أن يُقْرَعَ بينَهما ، ويكونَ لُحُوقُه بالوَطْءِ لا بالقُرْعَةِ .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كان فى يَدِ أحَدِهما ، وأقامَ كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الخارِجِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، والرِّوايتَيْن . وتقدَّم ذلك ، ويأْتِي فى الدَّعاوَى والبَيِّناتِ . الثَّانيةُ ، لو كان فى يَدِ امْرأةٍ ، قُدِّمَتْ على امْرأةٍ ادَّعَتْه بلا بَيِّنَةٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وتقدَّم التَّنبيهُ على ما هو أعَمُّ مِن ذلك .

(١) فى الأصل ، م : « عند » .
(٢) فى : المغنى ٨/٣٧١ .

الشرح الكبير

الفصلُ [٥/٢٠٧ ظ] الثالثُ ، أنَّه إذا لم تكُنْ بَيِّنةٌ ، أو تعارَضَتْ بَيِّنتان وسَقَطَتا ، أُرِىَ القافةَ معهما ، أو مع عَصَبَتِهما عند فَقْدِهِما ، فَتُلْحِقُه بمَن أَلْحَقَتْه به منهما . هذا قولُ أنسٍ ، وعطاءٍ ، والأوْزاعِىِّ ، واللَّيْثِ ، والشافعىِّ ، (١وأبى ثَوْرٍ١) . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : لا حُكْمَ للقافَةِ ، ويُلْحَقُ بالمُدَّعِيَيْن جميعًا ؛ لأنَّ الحُكْمَ بالقِيافَةِ مَبْنِىٌّ على الشَّبَهِ والظَّنِّ والتَّخْمِينِ ، فإنَّ الشَّبَهَ يُوجدُ بين الأجانِبِ ، ويَنْتَفِى بينَ الأقارِبِ ، ولهذا رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّ رَجُلًا أتاهُ ، فقال : يا رَسُولَ اللهِ ، إنَّ امْرَأتِى وَلَدَتْ غُلَامًا أسْوَدَ . فقال : « هَلْ لَكَ مِن إبلٍ ؟ » قال : نعم . قال : « فما أَلْوَانُها ؟ » قال : حُمْرٌ . قال : « هَلْ فيها مِنْ أوْرَقَ ؟ » قال : نعم . قال : « أَنَّى أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » قال : لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَ . قال : « وهذا لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَ » . مُتَّفَقٌ عليه(٢) . قالوا : ولو كان الشَّبَهُ كافِيًا لاكْتُفِىَ به فى وَلَدِ المُلاعِنَةِ ، وفيما إذا أقَرَّ أحدُ الوَرَثَةِ بأخٍ فأنْكَرَهُ الباقُونَ . ولَنا ، ما رُوِىَ

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : عُرِضَ معهما على القافَةِ ، أو مع أقارِبِهما إنْ ماتا . وذلك مِثْلُ ؛ الأَخِ ، والأُخْتِ ، والعَمَّةِ ، والخالَةِ ، وأولادِهم .

(١ - ١) فى الأصل ، ر٢ ، م : « وأبى » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب من شبه أصلا معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ٩/١٢٥ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان. صحيح مسلم ٢/١١٣٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا شك فى الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٢٥ . والنسائى ، فى : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٤٦ ، ١٤٧ . والإمام أحمد ، فى المسند ٢/٢٣٩ ، ٤٠٩ .

الشرح الكبير

عن عائِشةَ ، رَضِيَ اللهُ عنها ، أنَّ النبيَّ ﷺ دَخل عليها مَسْرُورًا تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِه ، فقال : « أَلَمْ تَرَىْ أَنَّ مُجَزِّزًا المُدْلِجِيَّ نَظَر آنِفًا إِلَى زَيْدٍ وَأُسَامَةَ وَقَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُما وَبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُها مِنْ بَعْضٍ ؟ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . فَلولا جَوازُ الاعْتِمادِ على القِيَافَةِ لَما سُرَّ به النبيُّ ﷺ ولا اعْتَمَدَ عليه ، ولأنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، قَضَى به بحَضْرَةِ الصَّحابةِ ، فلم يُنْكِرْه مُنْكِرٌ ، فكان إجْماعًا ، ويَدُلُّ على ذلك قولُ النبيِّ ﷺ في وَلَدِ المُلاعِنَةِ : « انْظُرُوهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ حَمْشَ السَّاقَيْنِ[2] كَأَنَّه وَحَرَةٌ[3] ، فَلَا أُرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ جَعْدًا ، جُمالِيًّا[4] ، سَابِغَ الأَلْيَتَيْنِ ، خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ[5] ، فَهُوَ لِلَّذِى رُمِيَتْ بِهِ » .

الإنصاف ....

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب صفة النبى ﷺ ، من كتاب المناقب ، وفى : باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبى ﷺ ، من كتاب الفضائل ، وفى : باب القائف ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٤/ ٢٢٩ ، ٥/ ٢٩ ، ٨/ ١٩٥ . ومسلم ، فى : باب العمل بإلحاق القائف الولد ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٨١ ، ١٠٨٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القافة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٢٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القافة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٩٠ ، ٢٩١ . والنسائى ، فى : باب القافة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٥١ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القافة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٨٢ ، ٢٢٦ .

(٢) حمش الساقين : أى رقيقهما .

(٣) الوحرة : وزغة تكون فى الصحارى ، كسامّ أبرصَ ، لا تطأ شيئا من طعام أو شراب إلا سمَّته .

(٤) جمالى : ضخم الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الجمل .

(٥) خدلج الساقين : ممتلؤهما .

....

الشرح الكبير

فأَتَتْ به على النَّعْتِ المَكْرُوهِ ، فقال النبيُّ : « لَوْلَا الأَيْمَانُ لَكَانَ لِيَ وَلَهَا شَأْنٌ »[1] . فحَكَم به النبيُّ ﷺ للَّذِى أَشْبَهَهُ منهما . وقَوْلُه : « لَوْلَا الأَيْمَانُ لَكَانَ لِيَ وَلَهَا شَأْنٌ » . يَدُلُّ على أَنَّه لم يَمْنَعْه مِن العَمَلِ بالشَّبَهِ إِلَّا الأَيْمانُ ، فإذا انْتَفَى المانِعُ يَجِبُ العَمَلُ به لوُجُودِ مُقْتَضِيه . وكذلك قولُ النبيِّ ﷺ فى ابنِ أَمَةِ زَمْعَةَ ، حينَ رأى به شَبَهًا بَيِّنًا بعُتْبَةَ [٢٠٨/٥ و] ابنِ أبي وَقّاصٍ : « احْتَجِبِى مِنْهُ يا سَوْدَةُ »[2] . فعمِلَ بالشَّبَهِ فى حَجْبِ

الإنصاف

....

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ويدرأ عنها العذاب ... ، من كتاب التفسير ، وفى : باب يبدأ الرجل بالتلاعن ، وباب التلاعن فى المسجد ، وباب قول النبى ﷺ : لو كنت راجما بغير بينة ، وباب قول الإمام : اللهم بيِّن ، من كتاب الطلاق ، صحيح البخارى ٣/٢٣٣ ، ٦/١٢٦ ، ٧/٦٩ – ٧٢ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢/١١٣٤ . وأبو داود ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٢٥١ – ٥٢٥ . والترمذى ، فى : باب تفسير سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١/٤٥ ، ٤٦ . والنسائى ، فى : باب اللعان فى قذف الرجل زوجته برجل بعينه ، وباب كيف اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٤٠ ، ١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٣/١٤٢ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، وباب شراء المملوك من الحربى وهبته وعتقه ، من كتاب البيوع ، وفى : باب دعوى الوصى للميت ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب أم الولد ، من كتاب العتق ، وفى : باب قول الموصى تعاهد ولدى ... ، من كتاب الوصايا ، وفى : باب وقال الليث ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب الولد للفراش ، وباب من ادعى أخا أو ابن أخ ، من كتاب الفرائض ، وفى : باب للعاهر الحجر ، من كتاب الحدود ، وفى : باب من قضى له بحق أخيه ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٣ / ٧٠ ، ١٠٦ ، ١٦١ ، ٤ / ٤ ، ٥ / ١٩٢ ، ٨ / ١٩١ ، ١٩٤ ، ٢٠٥ ، ٩ / ٩٠ . ومسلم ، فى : باب الولد للفراش وتوقى الشبهات ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٠ ، ١٠٨١ . وأبو داود ، فى : باب الولد للفراش ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الولد للفراش ، من أبواب الرضاع ، وفى : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٨ / ٢٧٥ ، ٢٧٨ . والنسائى ، فى : باب إلحاق الولد بالفراش ... ، وباب فراش الأمة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٤٨ ، =

الشرح الكبير

سَوْدَةَ . فإن قِيلَ : فالحَدِيثانِ حُجَّةٌ عليكُم ؛ إذ لم يَحْكُمِ النبيُّ ﷺ بالشَّبَهِ فيهما ، بل أَلْحقَ الوَلَدَ بزَمْعَةَ ، وقال لعبدِ بنِ زَمْعَةَ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ ، الوَلَدُ للفِراشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ » . ولم يَعْمَلْ بشَبَهِ وَلَدِ المُلاعِنَةِ فى إقامَةِ الحَدِّ عليها لشَبَهِه بالمَقْذُوفِ . قُلْنا : إنَّما لم يَعْمَلْ به فى ابْنِ أَمَةِ زَمْعَةَ ؛ لأنَّ الفِراشَ أقْوَى ، وتَرْكُ العَمَلِ بالبَيِّنَةِ لمُعارَضَةِ ما هو أقْوَى منها ، لا يُوجِبُ الإعْراضَ عنها إذا خَلَتْ عن المُعارِضِ . ولذلك تُرِكَ إقامَةَ الحَدِّ عليها مِن أجْلِ أيْمانِها ، بدَلِيلِ قولِه : « لَوْلَا الأَيْمَانُ لَكَانَ لِى وَلَهَا شَأْنٌ » . على أنَّ ضَعْفَ الشَّبَهِ عن إقامَةِ الحَدِّ لايُوجِبُ ضَعْفَه عن إلْحاقِ النَّسَبِ ، فإنَّ الحَدَّ فى الزِّنَى لا يَثْبُتُ إلَّا بأقْوَى البَيِّناتِ ، وأكْثَرِها عَدَدًا ، وأقْوَى الإقْرارِ ، حتى يُعْتَبَرَ فيه تَكْرارُه أرْبَعَ مَرَّاتٍ ، ويُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ . والنَّسَبُ يَثْبُتُ بشَهادَةِ امْرأةٍ على الوِلادَةِ ، ويَثْبُتُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مع ظُهُورِ انْتِفائِه ، حتى لو أنَّ امْرَأةً أتَتْ بوَلَدٍ وزَوْجُها غائِبٌ منذ عِشْرِين سَنةً ، لَحِقَه وَلَدُها ، فكَيْفَ يَحْتَجُّ على نَفْيِه بعَدَمِ إقامَةِ الحَدِّ ! لأنَّه حَكَم بِظَنٍّ غالِبٍ ورَأْيٍ راجِحٍ ، مِمَّن هو مِن أهْلِ الخِبْرَةِ ، فجازَ ، كقَوْلِ المُقَوِّمِين . وقَوْلُهم : إنَّ الشَّبَهَ يجوزُ وُجُودُه

الإنصاف ....

= ١٤٩ . وابن ماجه ، فى : باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، من كتاب النكاح ، وفى : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٦ ، ٦٤٧ ، ٢ / ٩٠٥ . والدارمى ، فى : باب الولد للفراش ، من كتاب النكاح . وفى : باب فى ميراث ولد الزنا ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ١٥٢ ، ٣٨٩ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٣٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٧ ، ١٢٩ ، ٢٠٠ ، ٢٢٦ ، ٢٣٧ .

الشرح الكبير

وعَدَمُه . قُلْنا : الظّاهِرُ وُجُودُه ، ولهذا قال النبىُّ ﷺ حين قالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ : أَوَ تَرَى ذلك المَرْأةُ ؟ قال : « فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشَّبَهُ ؟ »[1] . والحَدِيثُ الذى احْتَجُّوا به حُجَّةٌ عليهم ؛ لأنَّ إنْكارَ الرَّجُلِ ولَدَه لمُخالَفَةِ لَوْنِه لَوْنَه ، وعَزْمَهُ على نَفْيِه لذلك ، يَدُلُّ على أنَّ العادَةَ خِلافُه ، وأنَّ فى طِباعِ النّاسِ إنْكارَه ، فإنَّ ذلك إنَّما يُوجَدُ نادِرًا ، وإنَّما أَلْحَقَه النبىُّ ﷺ به لوُجُودِ الفِراشِ ، وتَجُوزُ مُخالَفَةُ الظّاهِرِ للدَّلِيلِ ، ولا يجوزُ تَرْكُه لغيرِ دَلِيلٍ ، ولأنَّ ضَعْفَه عن نَفْىِ النَّسَبِ لا يَلْزَمُ منه ضَعْفُه عن إثْباتِه . فإنَّ النَّسَبَ يُحْتاطُ[2] لإثْباتِه ، ويَثْبُتُ بأَدْنَى دَلِيلٍ ، ويَلْزَمُ مِن ذلك التَّشْدِيدُ فى نَفْيِه ، وأنَّه لا يَنْتَفِى إلَّا بأقْوَى الأدِلَّةِ ، كما أنَّ الحَدَّ لمّا انْتَفَى [٥/٢٠٨ ظ] بالشُّبْهَةِ ، لم يَثْبُتْ إلَّا بأقْوَى دَلِيلٍ ، فلا يَلْزَمُ حِينَئذٍ مِن المَنْعِ مِن نَفْيِه بالشَّبَهِ فى الخَبَرِ المَذْكُورِ أن لا يَثْبُتَ به النَّسَبُ فى مسألَتِنا . فإن قِيل : فهٰهُنا إذا عَمِلْتُم بالقِيافَةِ فقد نَفَيْتُم النَّسَبَ عَمَّن لم تُلْحِقْه القافَةُ به . قُلْنا : إنَّما انْتَسب هٰهُنا لِعَدَمِ دَلِيلِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ إلَّا مُجَرَّدُ الدَّعْوَى ، وقد عارَضَها مِثْلُها ، فسَقَطَ حُكْمُها ، وكان الشَّبَهُ مُرَجِّحًا لأَحَدِهما ، فانْتَفَتْ دَلالةُ الأُخْرَى، فلَزِمَ انْتِفاءُ النَّسَبِ لانْتِفاءِ دَلِيلِه ، وتَقْدِيمُ اللِّعانِ عليه لا يَمْنَعُ العَمَلَ به عندَ عَدَمِه ، كاليَدِ تُقَدَّمُ عليها البَيِّنَةُ ، ويُعْمَلُ بها عندَ عَدَمِها .

(١) تقدم تخريجه فى : ٢/٨٠ . ويضاف إليه . وأخرجه البخارى ، فى : باب الحياء فى العلم ، من كتاب العلم ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة ﴾ ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخارى ١/٤٤ ، ٤/١٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٢٩٢ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ .

(٢) بعده فى م : « له » .

المقنع

فَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِأَحَدِهِمَا ، لَحِقَ بِهِ ، وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِهِمَا لَحِقَ بِهِمَا .

الشرح الكبير

فصل : والقافَةُ قَوْمٌ يَعْرِفُون الأَنْسابَ بالشَّبَهِ ، ولا يَخْتَصُّ ذلك بقَبِيلَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، بل مَنْ عُرِفَ منه المَعْرِفةُ بذلك ، وتَكَرَّرَتْ منه الإِصابَةُ ، فهو قائِفٌ . وقيل : أَكْثَرُ ما يكونُ فى بَنِى مُدْلِجٍ رَهْطِ مُجَزِّزٍ الذى رَأى أُسامَةَ وزَيْدًا قد غَطَّيا رُءُوسَهُما وبَدَتْ أقْدامُهُما ، فقال : إنَّ هذه الأَقْدامَ بعضُها مِن بعضٍ . وكان إياسُ بنُ مُعاوِيَةَ المُزَنِىُّ قائِفًا ، وكذلك قِيلَ فى شُرَيْحٍ .

٢٥٤٧ – مسألة : (فإن أَلْحَقَتْه بأَحَدِهما ، لَحِقَ به) لتَرَجُّحِ جانِبِه (وإن أَلْحَقَتْه بهما لَحِقَ بهما) وكان ابنَهما يَرِثُهُما مِيراثَ ابْنٍ ، ويَرِثانِه جميعًا مِيراثَ أبٍ واحدٍ . يُرْوَى ذلك عن عُمَرَ ، وعَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : يُلْحَقُ بهما بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . وقال الشافعىُّ : لا يُلْحَقُ بأَكْثَرَ مِن واحدٍ ، فإن أَلْحَقَتْه بهما سَقَط قَوْلُهما ، ولم يُحْكَمْ به . واحْتَجَّ برِوايةٍ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ القافَةَ قالت : قد[1] اشْتَرَكَا فيه . فقال عُمَرُ : وَالِ أَيَّهما شِئْتَ . ولأنَّه لا يُتَصَوَّرُ كَوْنُه مِن رَجُلَيْن ، فإذا أَلْحَقَتْه القافَةُ بهما تَبَيَّنَّا كَذِبَهُما ، فسَقَطَ قَوْلُهما ، كما

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : فإنْ أَلْحَقَتْه بأَحَدِهما ، لَحِقَ به . أنَّها لو توَقَّفَتْ فى إلْحاقِه بأَحَدِهما ، ونفَتْه عنِ الآخَرِ ، أنَّه لا يلْحَقُ بالذى توَقَّفَتْ فيه . وهو صحيحٌ ، وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، وهو المذهبُ ، وظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « المُحَرَّرِ » : يلْحَقُ به . وتَبِعَه جماعَةٌ .

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير لو أَلْحَقْته بأُمَّيْن ، ولأنَّ المُتَداعِيَيْنِ لو اتَّفَقا على ذلك ، لم يَثْبُتْ ، ولو ادَّعاهُ كلُّ واحدٍ منهما وأقامَ بَيِّنةً ، سَقَطَتا ، ولو جاز أن يُلْحَقَ بهما لثَبَتَ باتِّفاقِهما ، وأُلْحِقَ بهما عندَ تعارُضِ بَيِّنَتِهما . ولَنا ، ما روَى سَعِيدٌ فى « سُنَنِه » ، ثنا سُفيانُ ، عن يَحْيى بنِ سعيدٍ ، عن سليمانَ بنِ يَسارٍ ، عن عُمَرَ [٢٠٩/٥ و] فى امْرَأةٍ وَطِئَها رَجُلان فى طُهْرٍ ، فقال القائِفُ : قد اشْتَرَكا فيه جَمِيعًا . فجَعَلَه بَيْنَهُما . وبإسْنادِه عن الشَّعْبِىِّ قال : وعلىٌّ يقولُ : هو ابْنُهُما وهما أبَواه ، يَرِثُهُما ويَرِثانِه . ورَواه الزُّبَيْرُ بنُ بَكّارٍ بإسْنادِه عن عُمَرَ . وقال الإِمامُ أحمدُ : حَديثُ قَتادَةَ عن سَعيدٍ عن عُمَرَ جَعَلَه بينَهما . وقال قابُوسٌ ، عن أبيه ، عن عَلِىٍّ[1] ، جَعَلَه بَيْنَهُما . ورَوَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه ، عن سَعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، فى رَجُلَيْن اشْتَرَكا فى طُهْرِ امْرأةٍ ، فحَمَلَتْ ، فوَلَدَتْ غُلامًا يُشْبِهُهُما ، فَرُفِعَ ذلك إلى عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ ، فدَعَى القافَةَ فنَظَرُوا ، فقالوا : نَراهُ يُشْبِهُهما . فأَلْحَقَه بهما وجَعَلَه يَرِثُهُما ويَرِثانِه[2] . قال سعيدٌ : عَصَبَتُه الباقِى منهما . وما ذَكَرُوه عن عُمَرَ لا نَعْلَمُ صِحَّتَه ، وإن صَحَّ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه تَرَك قَوْلَهما لأمْرٍ آخَرَ ، إمّا لِعَدَمِ ثِقَتِهما ، وإمّا لأنَّه ظَهَر له مِن قَوْلِهما واخْتِلافِه ما يُوجِبُ تَرْكَه ،

الإنصاف ....

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : يقرع بينهما إذا لم يكن قافة ، من كتاب الدعوى والبينات . السنن الكبرى ١٠/ ٢٦٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب النفر يقعون على المرأة فى طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبينات . السنن الكبرى ١٠/ ٢٦٤ . وعبد الرزاق ، فى : باب النفر يقعون على المرأة فى طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦٠/٧ .

وَلَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرَ مِنْ أُمٍّ وَاحِدَةٍ .

فلا يَنْحَصِرُ المانِعُ مِن قَبُولِ قَوْلِهما أنهما اشْتَرَكا فيه . قال أحمدُ : إذا أَلْحَقَتْه القافَةُ بهما وَرِثَهُما ووَرِثاه ، فإن مات أحَدُهما فهو للباقِى منهما ، ونَسَبُه مِن الأَوَّلِ قائِمٌ لا يُزِيلُه شىءٌ . ومَعْنَى قولِه : هو للباقِى منهما . واللهُ أعلَمُ ، أنَّه يَرِثُه مِيراثَ أبٍ كامِلٍ ، كما أنَّ الجَدَّةَ إذا انفَرَدَتْ أخذَتْ ما تأْخُذُه الجَدَّاتُ ، والزَّوْجَةَ تَأْخُذُ وَحْدَها ما يَأْخُذُ جَمِيعُ الزَّوْجاتِ .

٢٥٤٨ – مسألة : (ولا يُلْحَقُ بأَكْثَرَ مِن أُمٍّ واحِدَةٍ) إذا ادَّعَتِ امْرَأتانِ نَسَبَ اللَّقِيطِ ، فهو مَبْنِىٌّ على قَبُول دَعْوَتِهما . وقد ذَكَرْنا ذلك . وإن كانت إحداهُما مِمَّن تُقْبَلُ دَعْوَتُها دُونَ الأُخْرَى فهو ابْنُها ، كالمُنْفَرِدَةِ ، وإن كانتا مِمّن لا تُقْبَلُ دَعْوَتُهما فوُجُودُها كعَدَمِها ، وإن كانتا جميعًا مِمَّن تُقْبَلُ دَعْوَتُهما ، فهما فى إثْباتِه بالبَيِّنَةِ وكَوْنه يُرَى القافةَ عندَ عَدَمِها أو تعارُضِهما كالرَّجُلَيْن . قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ بَكْرِ بن محمدٍ ، فى يَهُودِيَّةٍ ومُسْلِمَةٍ وَلَدَتا ، فادَّعَتِ اليَهُودِيَّةُ وَلَدَ المُسْلِمَةِ ، فتوَقَّفَ ، فقِيلَ : يُرَى القافةَ . فقال : ما أحْسَنَهُ . ولأنَّ الشَّبَهَ يُوجَدُ بينها وبين ابنِها كوُجُودِه بين الرَّجُلِ وابْنِه ، بل أكْثَرُ ، لاخْتصاصِها بحَمْلِه وتَغْذِيَتِه ، والكافِرَةُ والمُسْلِمَةُ ، والحُرَّةُ والأمَةُ ، فى الدَّعْوَى واحِدَةٌ ، كقَوْلِنا [٢٠٩/٥ ظ] فى الرِّجالِ . وهذا قولُ أصحابِ الشافعىِّ على الوَجْهِ الذى يَقُولُون فيه[1] بقَبُولِ دَعْواها . إذا ثَبَت ذلك ، فإنَّه لا يُلْحَقُ بأكْثَرَ مِن أُمٍّ واحِدَةٍ ، فإن أَلْحَقَتْه

....

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

القافَةُ بأُمَّيْنِ ، سَقَط قَوْلُهما ؛ لأنَّا[1] نَعْلَمُ خطأَه قَطْعًا . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بهما بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لأنَّ الأُمَّ أحَدُ الأبوَيْنِ ، فجازَ أن يُلْحَقَ باثْنَتَيْن ، كالآباءِ . ولَنا ، أنَّ هذا مُحالٌ يَقِينًا ، فلم يَجُزِ الحُكْمُ به ، كما لو كان أكْبَرَ منهما أو مِثْلَهُما ، بخِلافِ الرَّجُلَيْنِ ، فإنَّ كَوْنَه منهما مُمْكِنٌ ، فإنَّه يَجُوزُ اجْتِماعُ نُطْفَتَيِ الرَّجُلَيْن فى رَحِمِ امْرَأةٍ ، فيُمْكِنُ أن يُخْلَقَ منهما وَلَدٌ كما يُخْلَقُ مِن نُطْفَةِ الرَّجُلِ الواحِدِ[2] والمَرْأةِ ، ولذلك قال القائِفُ لعُمَرَ : قد اشْتَرَكَا فيه . ولا يَلْزَمُ مِن إلْحاقِه بمَن يُتَصَوَّرُ كَوْنُه منه إلْحاقُه بمَن يَسْتَحِيلُ ذلك منه ، كما لا يَلْزَمُ مِن إلْحاقِه بمَنْ يُولَد مِثْلُه لِمِثْلِه إلْحاقُه بأصْغَرَ منه .

فصل : فإنِ ادَّعَى نَسَبَه رَجُلٌ وامْرَأةٌ فلا تَنافِيَ بينَهُما ؛ لإمْكانِ كَوْنِه منهما بنِكاحٍ كان بينهما ، أو وَطْءِ شُبْهةٍ ، فيُلْحَقُ بهما جميعًا ، ويكونُ ابْنَهما بمُجَرَّدِ دَعْواهما ، كما لو انْفَرَدَ كلُّ واحِدٍ منهما بالدَّعْوَى . وإن قال الرَّجُلُ : هذا ابْنِى مِن زَوْجَتِى . وادَّعَتْ زَوْجَتُه ذلك ، وادَّعَتْه امرأةٌ أُخرَى ، فهو ابْنُ الرَّجُلِ ، وتُرَجَّحُ زَوْجَتُه على الأُخْرَى ؛ لأنَّ زَوْجَها أبُوه ، فالظّاهِرُ أنَّها أُمُّه . ويَحْتَمِلُ أن يتَساوَيا ؛ لأنَّ كلَّ واحِدَةٍ منهما لو انْفَرَدَتْ أُلْحِقَ بها ، فإذا اجْتَمَعَتا تَساوَتا .

(١) بعده فى م : « لا » .
(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : ولو وَلَدَتْ امْرأتانِ ابْنًا وبِنْتًا ، فادَّعَتْ كلُّ واحِدَةٍ منهما أنَّ الابْنَ وَلَدُها ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أن تَرَى المَرأتين القافَةُ مع الوَلَدَيْن ، فيُلْحَقُ كلٌّ منهما بمَنْ ألْحَقَتْه به ، كما لو لم يَكُنْ لهما وَلَدٌ آخَرُ . والثانى ، يُعْرَضُ لَبَنُهُما على أهْلِ الطِّبِّ والمَعْرِفَةِ ، فإنَّ لَبَنَ الذَّكَرِ يُخالِفُ لَبَنَ الأنْثَى فى طَبْعِه وزِنَتِه ، وقد قيلَ : لَبَنُ الابْنِ ثَقِيلٌ ، ولَبَنُ البِنْتِ خَفِيفٌ . فيُعْتَبَران بطباعِهما ووَزْنِهما ؛ وما يَخْتَلِفانِ به عندَ أهْلِ المَعْرِفةِ ، فمن كان لَبَنُها لَبَنَ الابْنِ فهو وَلَدُها ، والبِنْتُ للأُخْرَى . فإن لم يُوجَدْ قافَةٌ اعْتُبِرَ باللَّبَنِ خاصَّةً . فأمّا إن تنازَعا أحَدَ الولدين ، وهما ذَكَرانِ أو ابْنَتان ، عُرِضُوا على القافَةِ . كما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ .

فصل : فإنِ ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلانِ ، فقال أحَدُهما : هو ابْنِى . وقال الآخَرُ : هو ابْنَتِى . فإن [٥/٢١٠ و] كان ابْنًا فهو لمُدَّعِيه ، وإن كان بِنْتًا فهى لمدَّعِيها ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لا يَسْتَحِقُّ غيرَ ما ادَّعاهُ . فإن كان خُنْثَى مُشْكِلًا ، أُرِىَ القافَةَ ؛ لأنَّه ليس قولُ كلِّ واحدٍ منهما أوْلَى مِن الآخَرِ . فإن أقامَ كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنةً بما ادَّعاهُ ، فالحُكْمُ فيهما كالحُكْمِ فيما لو انفَرَدَ كلُّ واحدٍ منهما بالدَّعْوَى ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ الكاذِبِ منهما كاذِبَةٌ فوُجُودُها كَعَدَمِها ، والأُخْرَى صادِقَةٌ ، فيَتَعَيَّنُ الحُكْمُ بها .

الإنصاف ....

المقنع وَإنِ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِن اثْنَيْنِ فَأُلْحِقَ بِهِمْ ، لَحِقَ بِهِمْ وَإنْ كَثُرُوا . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يُلْحَقُ بِأَكْثَرَ مِن اثْنَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٥٤٩** – مسألة : (فإنِ ادَّعاهُ أكْثَرُ مِن اثْنَيْن فأُلْحِقَتْه بهم ، لَحِقَ وإن كَثُرُوا) وقد نَصَّ أحمدُ في رِوايَةِ مُهَنَّا ، أنَّه يُلْحَقُ بثَلاثَةٍ . ومُقْتَضَى هذا أنَّه يُلْحَقُ بمَن أَلْحَقَتْه القافَةُ ، وإن كَثُرُوا . (وقال ابنُ حامِدٍ : لا يُلْحَقُ بأكْثَرَ مِن اثْنَيْن) وهو قولُ أبي يُوسُفَ ؛ لأنَّنا صِرْنا إلى ذلك للأثَرِ ، فيُقْتَصَرُ عليه . وقال القاضِي : لا يُلْحَقُ بأكْثَرَ مِن ثَلاثةٍ . وهو قولُ محمدِ بنِ الحَسَنِ . ورُوِىَ ذلك عن أبي يوسفَ أيضًا . ولَنا ، أنَّ المَعْنَى الذي لأجْلِه أُلْحِقَ باثْنَيْن مَوْجُودٌ فيما زاد عليه ، فيُقَاسُ عليه . وإذا جازَ أن يُخْلَقَ مِن

الإنصاف قوله : وإنِ ادَّعاه أكْثَرُ مِن اثْنَيْن فأُلْحِقَ بهم ، لَحِقَ بهم ، وإنْ كَثُرُوا . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه في رِوايَةِ جماعَةٍ . قال في « الفائقِ » : اخْتارَه القاضي . وجزَم به في « الوَجيزِ » ، و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » . وقدَّمه في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِيِّ » ، ونصَرُوه ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفروعِ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ ، قالَه ناظِمُها . وقال الحارِثِيُّ : قال أبو حَنِيفَةَ ، والثَّوْرِيُّ : يلْحَقُ بأكْثَرَ مِن اثْنَيْن . لكِنْ عندَه ، لا يَلْحَقُ بأكْثَرَ مِن خَمْسَةٍ . وقال ابنُ حامِدٍ : لا يلْحَقُ بأكْثَرَ مِن اثْنَيْن . وعنه ، يلْحَقُ بثَلاثَةٍ فقط . نصَّ عليه في رِوايَةِ مُهَنَّا . واخْتارَه القاضي وغيرُه . وذكَر في « المُسْتَوْعِبِ » وَجْهًا ، أنَّهم[1] إذا أَلْحَقُوه بأكْثَرَ مِن ثلاثَةٍ ، لا يلْحَقُ بواحدٍ منهم ؛ لظُهورِ خطَئِهم .

---

(١) في ط : « أنهما » .

الشرح الكبير

اثْنَيْن ، جازَ أن يُخْلَقَ مِن أكْثَرَ منهما . وقولُهم : إنَّ إلْحاقَه باثْنَيْن على خِلافِ الأصْلِ . مَمْنوعٌ ، وإن سَلَّمْناه ، لكنّه ثَبَت لمَعْنًى مَوْجُودٍ فى غيرِه ، فيَجِبُ تَعْدِيَةُ الحُكْمِ به ، كما أنَّ إباحَةَ أكْلِ المَيْتَةِ عند المَخْمَصَةِ أُبِيحَ على خِلافِ الأصْلِ ، ولا يَمْنَعُ مِن أن يُقاسَ على ذلك مالُ الغيرِ ، والصَّيْدُ الحَرَمِىُّ ، وغيرُهما مِن المُحَرَّماتِ ، لوُجُودِ المَعْنَى ، وهو إبْقاءُ النَّفْسِ وتَخْلِيصُها مِن الهَلاكِ . وأمّا قولُ مَن قال : يجوزُ إلْحاقُه بثَلاثَةٍ ، ولا يُزادُ عليه . فَتَحَكُّمٌ ، فإنَّه لم يَقْتَصِرْ على المَنْصُوصِ عليه ، ولا عَدَّى الحُكْمَ إلى ما فى مَعْناه ، ولا نَعْلَمُ فى الثَّلاثةِ مَعْنًى خاصًّا يَقْتَضِى إلْحاقَ النَّسَبِ بهم دُونَ ما زاد عليهم ، فلم يَجُزْ الاقْتِصارُ عليه بالتَّحَكُّمِ .

الإنصاف

فائدة : [٢/٢٣٧و] يرِثُ مِن[1] كلٌّ مَن لَحِقَ به مِيراثَ وَلَدٍ كامِلٍ ، ويرِثُونه مِيراثَ أبٍ واحِدٍ ، ولهذا لو أُوصِىَ له ، قَبِلُوا له جميعًا ، ليحْصُلَ له . وإنْ ماتَ وخَلَّفَ أحدَهم ، فله مِيراثُ أبٍ كامِلٍ ؛ لأنَّ نَسَبَه كامِلٌ مِنَ المَيْتِ . نصَّ عليه . ولأُمَّىْ أبوَيْه اللَّذَيْن لَحِقَ بهما مع أُمِّ أُمٍّ ، نِصْفُ السُّدْسِ ، ولأُمِّ الأُمِّ نِصْفُه . قلتُ : فيُعايَى بها .

فائدة : امْرأةٌ ولَدَتْ ذكَرًا ، وأُخْرَى أُنْثَى ، وادَّعَتْ كلُّ واحِدَةٍ أنَّ الذَّكَرَ ولَدُها دُونَ الأُنْثَى ، فقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : يحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، العَرْضُ على القافَةِ مع الوَلَدَيْن . قال الحارِثِىُّ : قلتُ : وهذا المذهبُ على ما مَرَّ مِن نصِّه ، مِن رِوايَةِ ابنِ الحَكَمِ . والوَجْهُ الثَّانى ، عَرْضُ لَبَنِهما على أهْلِ الطِّبِّ

(١) سقط من : ط .

المقنع وَإِنْ نَفَتْهُ الْقَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ، ضَاعَ نَسَبُهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . [١٥٢ظ] وَفِي الْآخَرِ ، يُتْرَكُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ . أَوْمَأَ إِلَيْهِ أَحْمَدُ .

الشرح الكبير **٢٥٥٠** – مسألة : (فإن نَفَتْه القافةُ عنهم ، أو أَشْكَلَ عليهم ، أو لم يُوجَدْ قافةٌ ، ضاع نَسَبُه ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخرِ ، يُتْرَكُ حتى يَبْلُغَ فيَنْتَسِبَ إلى مَن شاءَ . أوْمَأَ إليه أحمدُ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا ادَّعاهُ أكْثَرُ مِن واحدٍ وأُرِىَ القافَةَ فنَفَتْه عنهم ، أو لم يُوجَدْ قافَةٌ ، أو تعارَضَتْ أقوالُهم ، أو لم يُوجَدْ مَن يُوثَقُ بقَوْله ، لم يُرَجَّحْ أحَدُهم بذِكْرِ عَلامةٍ فى جَسَدِه ؛ لأنَّ ذلك لا يُرَجَّحُ به فى سائِرِ الدَّعاوى ، سِوَى الألْتِقاطِ فى المالِ ،

الإنصاف والمَعْرِفَةِ ؛ فإنَّ لبَنَ الذَّكَرِ يُخالِفُ لبَنَ الأُنْثَى فى طَبْعِه وزِنَتِه . وقيل : لبَنُ الذَّكَرِ ثَقِيلٌ ، ولبَنُ الأُنْثَى خَفِيفٌ ، فيُعْتَبَران بطَبْعِهما وزِنَتِهما ، وما يخْتَلِفان به عندَ أهْلِ المَعْرِفَةِ . قال الحارِثِيُّ : وهذا الاعْتِبارُ إنْ كان مُطَّرِدًا فى العادَةِ غيرَ مُخْتَلِفٍ ، فهو إنْ شاءَ اللهُ أظْهَرُ مِنَ الأوَّلِ ؛ فإنَّ أُصولَ السُّنَّةِ قد تخْفَى على القائِفِ . قال فى « المُغْنِى »[1] : فإنْ لم يُوجَدْ قافَةٌ ، اعْتُبِرَ باللَّبَنِ خاصَّةً . وإنْ كان الوَلَدان ذكَرَيْن أو أُنْثَيَيْن ، وادَّعَتا أحَدَهما ، تَعيَّنَ العَرْضُ على القافَةِ .

قوله : وإنْ نَفَتْه القافَةُ عنهم ، أو أشْكَلَ عليهم ، أو لم يُوجَدْ قافَةٌ – أوِ اخْتلَفَ قائِفان – ضاعَ نَسَبُه فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه فى المَسْأَلَةِ الأُولَى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . قال المُصَنِّفُ : قَوْلُ أبى

---

(١) المغنى ٣٨٣/٨ .

الشرح الكبير

[٥/٢١٠ ظ] واللَّقِيطُ ليس بمالٍ ، فعلى هذا ، يَضِيعُ نَسَبُه . هذا قولُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه لا دَلِيلَ لأحَدِهم ، أشْبَهَ مَن لم يَدَّعِ أحَدٌ نَسَبَه . وقال ابنُ حامِدٍ : يُتْرَكُ حتى يَبْلُغَ فيَنْتَسِبَ إلى مَن شاء منهم . قال القاضِى : وقد أوْمَأ أحمدُ إلى هذا فى رَجُلَيْن وَقَعا على امْرأةٍ فى طُهْرٍ واحدٍ ، إلى أنَّ الابْنَ يُخَيَّرُ أيَّهما أحَبَّ . وهو قولُ الشافعىِّ فى الجَدِيدِ ، وقال فى القَدِيمِ : حتى يُمَيِّزَ ؛ لقَوْلِ عُمَرَ : وَالِ أيَّهُما شِئْتَ . ولأنَّ الإنْسانَ يَمِيلُ طَبْعُه إلى قَرِيبِه دُونَ غيرِه ، ولأنَّه مَجْهُولُ النَّسَبِ أقَرَّ به مَن هو مِن أهْلِ الإقْرارِ ، فَثَبَتَ نَسَبُه ، كما لو انفَرَدَ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : يُلْحَقُ بالمُدَّعِيَيْن بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم لو انْفَرَدَ سُمِعَتْ دَعْواهُ ، فإذا اجْتَمَعَا وأمْكَنَ

الإنصاف

بَكْرٍ أقْرَبُ . قال الحارِثِىُّ : وهو الأشْبَهُ بالمذهبِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وفى الآخرِ ، يُتْرَكُ حتى يبْلُغَ ، فينْتَسِبَ إلى مَن شاءَ منهم . قال القاضى : وقد أوْمَأَ إليه أحمدُ ، واخْتارَه ابنُ حامِدٍ . وقطَع به فى « العُمْدَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : ويحْتَمِلُ أنْ يُقْبَلَ مِن مُمَيِّزٍ أيضًا ، تفْريعًا[1] على وَصِيَّتِه وطَلاقِه ، وعلى قَبُولِ شَهادَتِه ، على رِوايَةٍ . والمذهبُ خِلافُه . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه ، هو لمَن يمِيلُ بطَبْعِه إليه ؛ لأنَّ الفرْعَ يمِيلُ إلى الأصْلِ ، لكِنْ بشَرْطِ أنْ لا يتقدَّمَه إحْسانٌ . وقيل : يلْحَقُ بهما . اخْتارَه فى « المُحَرَّرِ » . ونقَل ابنُ هانِئٍ ، يُخَيَّرُ بينَهما ، و لم يذْكُرْ قافَةً . وعنه ، يُقْرَعُ بينَهما ، فيَلْحَقُ نَسَبُه بالقُرْعَةِ . ذكَرَها فى « المُغْنِى » ، فى كتابِ الفَرائضِ . نقَلَه عنه فى « القَواعِدِ » .

---

(١) فى ط : « تعريفًا » .

الشرح الكبير

العَمَلُ بهما ، وَجَب ، كما لو أقَرَّ له بمالٍ . ولَنا ، أنَّ دَعْواهُما تعارَضَتْ ، ولا حُجَّةَ لواحدٍ منهما ، فلم يَثْبُتْ ، كما لو ادَّعَى رِقَّه ، وليس هو فى أيْدِيهما . قال شَيْخُنا : وقولُ أبى بكرٍ أقْرَبُ لِما ذَكَرْنا . وقَوْلُهُم : يَمِيلُ طَبْعُه إلى قَرابَتِه . قُلْنا : إنَّما يَمِيلُ إلى قَرابَتِه بعدَ مَعْرِفَةِ أنها[1] قَرابَتُه ، فالمَعْرِفَةُ بذلك سَبَبُ المَيْلِ ، فلا يَثْبُتْ قبلَه ، ولو سُلِّم ذلك ، فإنَّه يَمِيلُ أيضًا إلى مَنْ أحْسَنَ إليه ، فإنَّ القُلُوبَ جُبِلَتْ على حُبِّ مَن أحْسَنَ إليها وبُغْضِ مَن أساءَ إليها ، وقد يَمِيلُ إليه لإساءَةِ الآخَرِ إليه ، وقد يَمِيلُ إلى أحْسَنِهما خُلُقًا وأعْظَمِهما قَدْرًا أو جاهًا أو مالًا ، فلا يَبْقَى للمَيْلِ أثَرٌ فى الدَّلالةِ على النَّسَبِ . ولا خِلافَ بين أصحابِنا فى أنَّه لا يَثْبُتُ نَسَبُه بالانْتِسابِ قبل البُلُوغِ . قولُهم : إنَّه صَدَّقَ المُقِرَّ بنَسبِه . قُلْنا : لا يَحِلُّ له تَصْدِيقُه ،

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، على قَوْلِ ابنِ حامِدٍ ومَن تابعَه ، لو ألْحَقَتْه القافَةُ ، بعدَ انْتِسابِه ، بغيرِ مَنِ انْتَسَبَ إليه ، بطَل انْتِسابُه . ومنها ، ليس له الانْتِسابُ بالتَّشَهِّى ، بل بالمَيْلِ الطَّبِيعِىِّ الذى تُثِيرُه الوِلادَةُ . ومنها ، يسْتَقِرُّ نَسَبُه بالانْتِسابِ ، فلوِ انْتَسَبَ إلى أحَدِهما ، ثم عَنَّ له الانْتِسابُ إلى الثَّانى ، أو الانْتِفاءُ مِنَ الأوَّلِ ، لم يُقْبَلْ . ومنها ، لو انْتَسَبَ إليهما جميعًا لمَيْلِه ، لَحِقَ بهما . قاله الحارِثِىُّ وغيرُه . ومنها ، لو بلَغ ولم ينْتَسِبْ إلى واحدٍ منهما ، لعدَمِ مَيْلِه ، ضاعَ نسَبُه ؛ لانْتِفاءِ دَلِيلِه ، ولوِ انْتَسَبَ إلى مَن عَداهما ، وادَّعاه ذلك المُنْتَسَبُ إليه ، لَحِقَه . ومنها ، وُجوبُ النَّفَقَةِ عليهما مُدَّةَ الانْتِظارِ ؛ لإقْرارِه بمُوجِبِها ، وهو الوِلادَةُ ، وكذلك فى مُدَّةِ انْتِظارِ البَيِّنَةِ ، أو القافَةِ .

---

(١) فى النسخ : « أنه » .

الشرح الكبير

فإنَّ النبيَّ ﷺ لَعَن مَن ادَّعَى إلى غيرِ أبيه[1] . وهذا لا[2] يَعْلَمُ أنَّه أبُوه ، فلا نَأْمَنُ أن يكونَ مَلْعُونًا بتَصْدِيقِه . ويُفارِقُ ما إذا انْفَرَدَ ؛ فإنَّ المُنْفَرِدَ يَثْبُتُ النَّسَبُ بقَوْلِه مِن غيرِ تَصْدِيقٍ ، وقولُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه : وَالِ أيَّهما شِئْتَ . لم يَثْبُتْ ، ولو ثَبَتَ لم يَكُنْ فيه حُجَّةٌ ؛ لأنَّه إنَّما أمَرَه بالمُوالاةِ لا بالانْتِسابِ . وعلى قولِ مَن جَعَل له الانْتِسابَ إلى أحَدِهما ، إذا انْتَسَبَ إلى أحَدِهما ، ثم عاد فانْتَسَبَ إلى الآخَرِ ، أو نَفَى نَسَبَه مِن الأوَّلِ و لم يَنْتَسِبْ إلى أحَدٍ ، لم يُقْبَلْ منه ؛ لأنَّه قد ثَبَت نَسَبُه [٥/٢١١ و] فلا يُقْبَلُ رُجُوعُه عنه ، كما لو ادَّعَى مُنْفَرِدٌ نَسَبَه ثم أنْكَرَه . ويُفارِقُ الصَّبِيَّ الذى يُخَيَّرُ بين أبَوَيْه فيَخْتارُ أحَدَهُما ثم يَرُدُّ إلى الآخَرِ ، إذا اخْتارَه ، فإنَّه لا حُكْمَ لقولِ الصَّبِيِّ ، وإنَّما تَبِعَ اخْتيارَه وشَهْوَتَه ، فهو كما لو اشْتَهَى طَعامًا فى يومٍ وغَيْرَه فى يومٍ آخَرَ . فأمَّا إن قامَتْ للآخَرِ بَيِّنَةٌ بنَسَبِه ، عُمِلَ بها ؛ لأنَّها تُبْطِلُ قولَ القافَةِ الذى هو مُقَدَّمٌ على الانْتِسابِ ، فأوْلَى أن تُبْطِلَ الانْتِسابَ . وإن وُجِدَتْ قافَةٌ بعد انْتِسابِه ، فألْحَقَتْه بغيرِ مَن انْتَسَبَ إليه ، بَطَل انْتِسابُه ؛ لأنَّه أقْوَى ، فبَطَلَ به الانْتِسابُ كالبَيِّنَةِ مع القافَةِ .

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : أو لم يُوجَدْ قافَةٌ . حَقِيقَةُ العَدَمِ ، العدَمُ الكُلِّيُّ ، فلو وُجِدَتْ بعيدةً ، ذهَبُوا إليها . ومنها ، لو قتَلَه مَنِ ادَّعَياه ، قبلَ أنْ يلْحَقَ بواحدٍ منهما ، فلا

(١) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/٨٧٠ . والإمام أحمد ، فى المسند ١/٣٠٩ ، ٣١٧ ، ٤/١٨٦ .

(٢) سقط من : م .

المقنع

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ وَطِئَ اثْنَانِ امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ ، أَوْ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فِى طُهْرٍ وَاحِدٍ ، أَوْ وُطِئَتْ زَوْجَةُ رَجُلٍ أَوْ أُمُّ وَلَدِهِ بِشُبْهَةٍ ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الْوَاطِئِ، أُرِىَ الْقَافَةَ مَعَهُمَا .

الشرح الكبير

٢٥٥١ – مسألة : (وكذلك الحُكْمُ إن وَطِئَ اثْنان امْرَأَةً بشُبْهَةٍ ، أو جارِيَةً مُشْتَرَكَةً بينهما فى طُهْرٍ واحدٍ ، أو وُطِئَتْ زَوْجَةُ رَجُلٍ أو أُمُّ وَلَدِه بشُبْهَةٍ ، وأَتَتْ بوَلَدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ منه ، فادَّعَى الزَّوْجُ أنَّه مِن الواطِئِ ، أُرِىَ القافَةَ معهما) كاللَّقِيطِ ، فأُلْحِقَ بمَن أَلْحَقُوه به منهما ، سواءٌ ادَّعَياه أو جَحَداه أو أحَدُهُما ، وقد ثَبَت الافْتِراشُ . ذَكَرَه القاضِى . وشَرَط أبو الخَطَّابِ فى وَطْءِ الزَّوْجَةِ أن يَدَّعِىَ الزَّوْجُ أنَّه مِن الشُّبْهَةِ ، ذَكَرَه فى « المُحَرَّرِ » . وكذلك إن تَزَوَّجَها كلُّ واحدٍ منهما تَزْوِيجًا فاسِدًا ، أو كان نِكاحُ أحَدِهما صَحِيحًا والآخَرُ فاسِدًا ، مثلَ أن يُطَلِّقَ امْرَأتَه فيَنْكِحَها غيرُه فى عِدَّتِها ويَطَأَها ، أو يَبِيعَ أمَةً فيَطَأَها المُشْتَرِى قبلَ اسْتِبْرائِها ، وتَأْتِى بوَلَدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ منهما ، فإنَّه يُرَى القافَةَ معهما ، فبأيِّهما أَلْحَقُوه لَحِقَ . والخِلافُ فيه كالخِلافِ فى اللَّقِيطِ ، على ما ذَكَرْنا .

الإنصاف

قَوَدَ على واحدٍ منهما ، ولو رجَعا ؛ لعدَمِ قَبُولِه . ولو رجَع أحدُهما ، انْتَفَى عنه ، وهو كشَرِيكِ الأبِ ، على ما يأْتِى فى آخِرِ كتابِ الجناياتِ .

قوله : وكذلك الحُكْمُ إنْ وَطِئَ اثْنان امْرَأَةً بشُبْهَةٍ ، أو جارِيَةً مُشْتَرَكَةً بينهما فى طُهْرٍ واحِدٍ ، أو وُطِئَتْ زَوْجَةُ رَجُلٍ أو أُمُّ وَلَدِه بشُبْهَةٍ ، وأَتَتْ بوَلَدٍ يُمْكِنُ

المقنع

وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْقَائِفِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فِى الْإِصَابَةِ .

الشرح الكبير

٢٥٥٢ – مسألة : (ولا يُقْبَلُ قولُ القائفِ إلا أن يكونَ ذكَرًا عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فى الإصَابَةِ) وفى اعْتِبارِ حُرِّيَّتِه وَجْهان مِن « المُحَرَّرِ »[1] . القافَةُ قَوْمٌ يَعْرِفُون الأنْسابَ بالشَّبَهِ ، ولا يَخْتَصُّ ذلك بقَبيلةٍ . وقد قِيلَ : أكْثَرُ ما يكونُ ذلك فى بَنِى مُدْلِجٍ رَهْطِ مُجَزِّزٍ المُدْلِجِىِّ . وكان إياسُ بنُ مُعاوِيَةَ

الإنصاف

أنْ يكُونَ منه ، فادَّعَى الزَّوْجُ أنَّه مِن الواطِئ ، أُرِىَ القافَةَ معهما . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وسواءٌ ادَّعَياه أو جحَداه ، أو أحدُهما . ذكَرَه القاضى وغيرُه . وشرَط أبو الخَطَّابِ ، فى وَطْءِ الزَّوْجَةِ ، أنْ يدَّعِىَ الزَّوْجُ أنَّه مِنَ الشُّبْهَةِ ، فعلى قوْلِه ، إنِ ادَّعاه لنَفْسِه ، اخْتَصَّ به لقُوَّةِ جانِبِه . وفى « الانْتِصارِ » ، رِوايَةٌ مِثْلُ ذلك . ونقَل أبو الحارِثِ ، فى امْرأةِ رَجُلٍ غُصِبَتْ ، فوَلَدَتْ عندَه ، ثم رجَعَتْ إلى زَوْجِها ، كيفَ يكونُ الوَلَدُ للفِراشِ فى مِثْلِ هذا ؟ إنَّما يكونُ له إذا ادَّعاه ، وهذا لا يدَّعِيه ، فلا يلْزَمُه . وقيل : إنْ عُدِمَتِ القافَةُ ، فهو لرَبِّ الفِراشِ . ويأْتِى فى آخِرِ اللِّعانِ ، هل للزَّوْجِ أو للسَّيِّدِ نَفْيُه ، إذا أُلْحِقَ به ، أو بهما ؟

قوله : ولا يُقْبَلُ قَوْلُ القائفِ إلَّا أنْ يكونَ ذكَرًا عَدْلًا مُجَرَّبًا فى الإصابَةِ . يُشْتَرَطُ فى القائفِ أنْ يكونَ عَدْلًا مُجَرَّبًا فى الإصابَةِ . بلا نِزاعٍ . ومعْنَى كوْنِه عَدْلًا[2] مُجَرَّبًا فى الإصابَةِ ، على ما قالَه القاضى ، ومَن تابعَه ، بأنْ يُتْرَكَ الصَّبِىُّ بينَ عَشَرَةِ

(١) بعده فى م : « قوله » .

(٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

المُزَنِيُّ قائِفًا . ولا يُقْبَلُ قولُ القائِفِ إلَّا أن يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فى الإصابَةِ ؛ لأنَّ قَوْلَه حُكْمٌ ، فاعْتُبِرَتْ له هذه الشُّرُوطُ . قال القاضى ، فى مَعْرِفَةِ القائِفِ بالتَّجْرِبةِ : هو أن يُتْرَكَ الصَّبِىُّ مع عَشَرَةِ رِجالٍ غيرِ مَن يَدَّعِيه ، ويُرَى إيّاهُم ، فإن أَلْحَقَه بواحدٍ منهم ، سَقَطَ [٥/٢١١ ظ] قَوْلُه ؛ لِتَبَيُّنِ خَطَئِه . وإن لم يُلْحِقْه بواحدٍ منهم أَرَيْناهُ إيّاه مع عِشْرِينَ منهم مُدَّعِيه ، فإن أَلْحَقَه به لَحِق . ولو اعْتُبِرَ بأن يَرَى صَبِيًّا مَعْرُوفَ النَّسَبِ مع قَوْمٍ فيهم أبوه أو أخوه ، فإذا أَلْحَقَه بقَرِيبِه ، عُرِفَتْ إصابَتُه ، وإن أَلْحَقَه بغيرِه سَقَطَ قَوْلُه ، جازَ . وهذه التَّجْرِبَةُ عندَ عَرْضِه على القائِفِ للاحْتِياطِ فى مَعْرِفَةِ إصَابَتِه ، ولو لم نُجَرِّبْه بعدَ أن يكونَ مَشْهُورًا بالإصابَةِ وصِحَّةِ المَعْرِفَةِ فى مَرّاتٍ كثيرةٍ ، جازَ ، فقد رُوِىَ أنَّ رَجُلًا شَرِيفًا شَكَّ فى وَلَدِه مِن جارِيَتِه ، وأبَى أن يَسْتَلْحِقَه ، فمَرَّ به إياسُ بنُ مُعاوِيَةَ فى المَكْتَبِ ، ولا يَعْرِفُه ، فقال له : ادْعُ لى أباكَ . فقال له المُعَلِّمُ : ومَن أبو هذا ؟ قال : فلانٌ . قال : مِن أين عَلِمْتَ أنه أبوه ؟ قال : هو أَشْبَهُ به مِن الغُرَابِ بالغُرَابِ . فقامَ المُعَلِّمُ مَسْرُورًا إلى أبِيه فأعْلَمَه بقَوْلِ إيَاسٍ ، فخَرَجَ الرَّجُلُ وسأل إياسًا : مِن أيْنَ عَلِمْتَ أنَّ هذا وَلَدِى ؟ فقال : سُبْحانَ اللهِ ، وهل يَخْفَى ذلك على أحَدٍ ، إنَّه لأَشْبَهُ بك مِن الغُرَابِ بالغُرَابِ . فَسُرَّ الرَّجُلُ واسْتَلْحَقَ وَلَدَهُ .

الإنصاف

رِجالٍ مِن غيرِ مَن يدَّعِيه ، ويُرِيَهم إيَّاه ؛ فإنْ [٢/٢٣٧ظ] أَلْحَقَه بواحدٍ منهم ، سقَط قوْلُه لتَبَيُّنِ خطَئِه ، وإنْ لم يُلْحِقْه بواحدٍ منهم ، أرَيْناه إيَّاه مع عِشْرِين فيهم مَن يدَّعِيه ، فإنْ أَلْحَقَه به ، لَحِقَه . ولو اعْتُبِرَ بأنْ يُرَى صَبِيًّا معْروفَ النَّسَبِ مع

الشرح الكبير

فصل : نُقِلَ عن أحمدَ ، أنَّه لا يُقْبَلُ إلَّا قَوْلُ اثْنَيْن مِن القافَةِ ، ولَفْظُ الشَّهادَةِ منهما ، فرَوَى عنه الأثْرَمُ أنَّه قِيلَ له : إذا قال أحَدُ القافَةِ : هو لهذا . وقال الآخَرُ : هو لهذا . قال : لا يُقْبَلُ قَوْلُ واحدٍ حتى يَجْتَمِعَ اثْنانِ فيَكُونانِ

الإنصاف

قَوْمٍ فيهم أبُوه أو أخُوه ؛ فإنْ ألْحَقَه بقَرِيبِه ، عُرِفَتْ إصابَتُه ، وإنْ ألْحَقَه بغيرِه ، سقَط قوْلُه ، جازَ . وهذه التَّجْرِبَةُ عندَ عَرْضِه على القافَةِ للاحْتِياطِ في مَعْرِفَةِ إصابَتِه ، ولو لم نُجَرِّبْه بعدَ أنْ يكونَ مشْهورًا بالإصابَةِ ، وصِحَّةِ المَعْرِفَةِ في مرَّاتٍ كثيرةٍ ، جازَ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لا يُشْتَرَطُ حُرِّيَّةُ القائفِ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِه في « الكافِي » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . ذكَرُوه فيما يلْحَقُ مِنَ النَّسَبِ ، وقدَّمه في « الفُروعِ » . قال الحارِثِيُّ : وهذا أصحُّ . وقيل : تُشْتَرَطُ حُرِّيَّته . جزَم به القاضي ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وذكَرَه في « التَّرْغيبِ » عن الأصحابِ . قال في « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : الأكْثَرُون على أنَّه كحاكِمٍ ، فتُشْتَرَطُ حُرِّيَّته . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » . وأطْلَقَهما في « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . فعلى الأوَّلِ ، يكونُ بمَنْزِلَةِ الشَّاهِدِ ، وعلى الثَّانِي ، يكونُ[1] بمَنْزِلَةِ الحاكِمِ . وجزَم في « التَّرْغيبِ » ، أنَّه تُعْتَبَرُ فيه شُروطُ الشَّهادَةِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، يكْفِي قائفٌ واحدٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه

---

(١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

شاهِدَيْن . فإذا شَهِدَ اثْنان مِن القافَةِ أنَّه لهذا ، فهو لهذا ؛ لأنَّه قَوْلٌ يَثْبُتُ به النَّسَبُ ، أشْبَهَ الشهادَةَ . ولأنَّه حُكْمٌ بالشَّبَهِ فى الخِلْقَةِ ، فاعتُبِرَ فيه اثْنانِ ، كالحُكْمِ بالمثلِ فى جَزاءِ الصَّيْدِ . وقال القاضِى : يُقْبَلُ قولُ الواحِدِ ؛ لأنَّه حُكْمٌ ، ويَكْفِى فى الحُكْمِ قَوْلُ واحدٍ . وحَمَل كَلامَ أحمدَ على ما إذا تَعارَضَ قَوْلُ القائفين ، فقال : إذا خالَفَ القائِفُ غيرَه تَعارضا وسَقَطا . ولأنَّ النبىَّ ﷺ اكْتَفَى بقَوْلِ مُجَزِّزٍ وحدَه . فإن قال اثْنانِ قَوْلًا وخالَفَهُما واحدٌ ، فقَوْلُهما أوْلَى ؛ لأنَّه أقْوَى مِن قَوْلِ واحدٍ ، وإن عارَضَ قَوْلُ اثْنَيْن قَوْلَ اثْنَيْنِ ، سَقَطَ قولُ الجَمِيعِ . فإن عارَضَ قولُ اثْنَيْن قولَ ثَلاثةٍ أو أكْثَرَ ، لم يُرَجَّحْ وسَقَط الجميعُ ، كما لو كانت إحْدَى البَيِّنَتَيْن اثْنَيْن ، والأُخْرَى ثلاثةً ، فأمّا إن ألْحَقَتْه القافَةُ بواحِدٍ ، فجاءَتْ قافَةٌ أُخْرَى [٥/٢١٢ و] فألْحَقَتْه بآخَرَ ، كان للأوَّلِ ؛ لأنَّ قَوْلَ القائِفِ جَرَى مَجْرَى حُكْمِ الحاكِمِ ، إذا حَكَم حُكْمًا لم يَنْتَقِضْ بمُخالَفةِ غيرِه[1] له ، وكذلك[2] لو ألْحَقَتْه بواحدٍ ثم عادَتْ فألْحَقَتْه بغيرِه كذلك . وإن أقامَ الآخَرُ بَيِّنَةً أنَّه وَلَدُه ، حُكِمَ له به وسَقَط قولُ القائِفِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ ، فسَقَطَ بوُجُودِ الأصْلِ ، كالتَّيَمُّمِ مع الماءِ .

الإنصاف

فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ، وإسْماعِيلَ بن سَعِيدٍ . واخْتارَه القاضى ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « لذلك » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا ألْحَقَتْه القافَةُ بكافِرٍ أو رَقِيقٍ ، لم يُحْكَمْ بكُفْرِه ولا رِقِّه ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ والإسْلامَ ثَبَتا له بظاهِرِ الدّارِ ، فلا يَزُولُ ذلك بمُجَرَّدِ الشَّبَهِ والظَّنِّ ، كما لم يَزُلْ ذلك بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِن المُنْفَرِدِ . وإنَّما قَبِلْنا قولَ القافةِ فى النَّسَبِ للحاجَةِ إلى إثْباتِه ، ولكَوْنِه غيرَ مُخالِفٍ للظّاهِرِ ، ولهذا اكْتَفَيْنا فيه بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى مِن المُنْفَرِدِ ، ولا حاجَةَ إلى إثْباتِ رِقِّه وكُفْرِه ، وإثْباتُهما يُخالِفُ الظّاهِرَ .

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، يُشْتَرَطُ اثْنان . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ محمدِ بنِ داودَ المِصِّيصِىِّ ، والأثْرَمِ ، وجَعْفَرِ بنِ محمدٍ . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وأطْلَقَهما فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » ، والحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » ، و « الكافِى » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وظاهِرُ « الشَّرْحِ » الإطْلاقُ . وخرَّج الحارِثِىُّ الاكْتِفاءَ بقائفٍ واحدٍ عندَ العدَمِ ، مِن نَصِّه على الاكْتِفاءِ بالطَّبِيبِ والبَيْطارِ ، إذا لم يُوجَدْ سِواه ، وأوْلَى ؛ فإنَّ القائفَ أعَزُّ وُجودًا منهما .

تنبيه : هذا الخِلافُ مَبْنِىٌّ ، عندَ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، على أنَّه ؛ هل هو شاهِدٌ أو حاكِمٌ ؟ فإنْ قُلْنا : هو شاهِدٌ . اعْتَبَرْنا العدَدَ ، وإنْ قُلْنا : هو حاكِمٌ . فلا . وقال جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ : ليس الخِلافُ مَبْنِيًّا على ذلك ، بلِ الخِلافُ جارٍ ؛ سواءٌ قُلْنا : القائفُ حاكِمٌ . أو : شاهِدٌ ؛ لأنَّا إنْ قُلْنا : هو حاكِمٌ . فلا يَمْتَنِعُ التَّعَدُّدُ فى الحُكْمِ ، كما يُعْتَبرُ حاكِمان فى جَزاءِ الصَّيْدِ ، وإنْ قُلْنا : شاهِدٌ . فلا تَمْتَنِعُ شَهادَةُ الواحِدِ ، كما فى المَرْأةِ ، حيثُ قَبِلْنا شَهادَتَها وشَهادَةَ الطَّبِيبِ ، والبَيْطارِ . وقالَتْ طائفَةٌ مِنَ الأصحابِ : هذا الخِلافُ مَبْنِىٌّ على أنَّه شاهِدٌ ، أو مُخْبِرٌ ؛ فإنْ جعَلْناه شاهِدًا ، اعْتَبَرْنا التَّعَدُّدَ ، وإنْ جعَلْناه مُخْبِرًا ، لم نَعْتَبِرِ التَّعَدُّدَ ، كالخَبَرِ فى الأُمورِ

الشرح الكبير

فصل : لو ادَّعى نَسَبَ اللَّقِيطِ إنْسانٌ ، فأُلْحِقَ نَسَبُه به ؛ لانْفِرادِه بالدَّعْوَى ، ثم جاء آخرُ فادَّعاهُ ، لم يَزُلْ نَسَبُه عن الأوَّلِ ؛ لأنَّه حُكِمَ له به ، فلا يَزُولُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . فإن ألْحَقَتْه به القافَةُ ، لَحِقَ به وانْقَطَعَ عن الأوَّلِ ؛ لأنَّها بيِّنَةٌ في إلْحاقِ النَّسَبِ ، فيَزُولُ بها الحُكْمُ الثابِتُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كالشَّهادَةِ .

الإنصاف

الدِّينيَّةِ . الثَّانيةُ ، القائفُ كالحاكمِ . عندَ أكثرِ الأصحابِ . قالَه في « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » . و « الحارِثِيِّ » ، وقطَع به في « الكافِي » . وقيل : هو كالشَّاهِدِ . وهو الصَّحيحُ على ما تقدَّم . وأكثرُ مَسائلِ القائفِ مَبْنِيَّةٌ على هذا الخِلافِ . الثَّالثةُ ، هل يُشْترَطُ لَفْظُ الشَّهادَةِ مِنَ القائفِ ؟ قال في « الفُروعِ » ، بعدَ القَوْلِ باعْتِبارِ الاثْنَيْن : ويُعْتَبَرُ منهما لَفْظُ الشَّهادَةِ . نصَّ عليه . وكذا قال في « الفائقِ » . قال في « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : وفيه نظَرٌ ؛ إذْ مِن أصْلِنا قَبُولُ شَهادَةِ الواحدِ في مَواضِعَ . وعلى المذهبِ ، يُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهادَةِ . انتهى . قلتُ : في تَنْظِيرِه نظَرٌ ؛ لأنَّ مَن نقَل عنِ الأصحابِ ؛ كصاحِبِ « الفُروعِ » وغيرِه ، إنَّما نقَلُوا ذلك عنِ الإمامِ أحمدَ . وقد روَى الأثْرَمُ أنَّه قال : لا يُقْبَلُ قَوْلُ واحدٍ ، حتى يجْتَمِعَ اثْنان ، فيَكُونا شاهِدَيْن . وإذا شَهِدَ اثْنان مِنَ القافَةِ ، أنَّه لهذا ، فهو له . وكذا قال في رِوايَةِ محمدِ بنِ داودَ المَصِّيصِيِّ . فالذى نقَل ذلك ، قال : يُعْتَبَرُ مِنَ الاثْنَيْن لَفْظُ الشَّهادَةِ . وهو مُوافِقٌ للنَّصِّ ، ولا يلْزَمُ مِن ذلك أنَّه لا يُعْتَبَرُ لَفْظُ الشَّهادَةِ في الواحدِ ، ولا عدَمُه ، غايَتُه أنَّه اقْتَصرَ على النَّصِّ ، فلا اعْتِراضَ عليه في ذلك . وقال في « الانْتِصارِ » : لا يُعْتَبرُ لَفْظُ الشَّهادَةِ ولو كانا اثْنَيْن ، كما في المُقَوِّمَيْن . الرَّابعةُ ، لو عارَضَ قَوْلُ اثْنَيْن قَوْلَ ثلاثَةٍ فأكْثَرَ ، أو تعارَضَ اثْنان ، سقَط الكُلُّ ، وإنِ اتَّفَقَ اثْنان ، وخالفَ ثالثٌ ،

الإنصاف

أُخِذَ بقَوْلِ الاثْنَيْن . نصَّ عليه ، ولو رجَعا ، فإنْ رجَع أحدُهما ، لَحِقَ بالآخرِ . قال فى « المُنْتَخَبِ » : ومِثْلُه بَيْطاران وطَبِيبان ، فى عَيْبٍ . الخامسةُ ، يُعْمَلُ بالقافَةِ فى غيرِ بُنُوَّةٍ ، كأُخُوَّةٍ وعُمومَةٍ عندَ أصحابِنا ، وعندَ أبى الخَطَّابِ ، لا يُعْمَلُ بها فى غيرِ البُنُوَّةِ ، كإخْبارِ راعٍ بشَبَهٍ . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » ، فى التَّفْرِقَةِ بينَ الوَلَدِ والفَصِيلِ : لأنَّا وقَفْنا على مَوْرِدِ الشَّرْعِ ، ولتَأَكُّدِ النَّسَبِ ، لثُبوتِه مع السُّكُوتِ . السَّادسةُ ، نفقَةُ [٢٣٨/٢و] المَوْلودِ على الواطِئَيْن ؛ فإذا لَحِقَ بأحَدِهما ، رجَع على الآخرِ بنَفَقَتِه . ونقَل صالِحٌ ، وحَنْبَلٌ ، أَرَى القُرْعَةَ ، والحُكْمَ بها . يُرْوَى عنه ، عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ ، أنَّه أقْرَعَ فى خَمْسَةِ مَواضِعَ ، فذكَر منها ؛ إقْراعَ عَلِىٍّ فى الوَلَدِ بينَ الثَّلاثَةِ الذين وَقَعُوا على الأَمَةِ فى طُهْرٍ واحِدٍ ، ولم يُرَ هذا فى رِوايَةِ الجماعَةِ ، لاضْطِرابِه . وقال ابنُ القَيِّمِ فى « الهَدْىِ » : القُرْعَةُ تُسْتَعْمَلُ عندَ فُقْدانِ مُرَجِّحٍ سِواها ؛ مِن بَيِّنَةٍ ، أو إقْرارٍ ، أو قافَةٍ . قال : وليس ببعيدٍ تعْيِينُ المُسْتَحِقِّ فى هذه الحالِ بالقُرْعَةِ ؛ لأنَّها غايَةُ المَقْدُورِ عليه مِن تَرْجيحِ الدَّعْوَى ، ولها دُخولٌ فى دَعْوَى الأمْلاكِ التى لا تثْبُتُ بقَرِينَةٍ ، ولا أمارَةٍ ، فدُخولُها فى النَّسَبِ الذى يثْبُتُ بمُجَرَّدِ الشَّبَهِ الخَفِىِّ المُسْتَنِدِ إلى قَوْلِ قائفٍ أوْلَى .

المقنع

كِتَابُ الْوَقْفِ

وَهُوَ تَحْبِيسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيلُ الْمَنْفَعَةِ .

الشرح الكبير

كِتابُ الوَقْفِ

(وهو تَحْبِيسُ الأصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعةِ) وهو مُسْتَحَبٌّ . والأصْلُ فيه ما رَوَى عبدُ اللهِ بنُ عُمَرَ ، قال : أصابَ عُمَرُ أرْضًا بخَيْبَرَ ، فأتَى النبيَّ ﷺ يَسْتَأْمِرُه فيها ، فقال : يا رسولَ اللهِ إنِّى أصَبْتُ أرْضًا بخَيْبَرَ ، لم أُصِبْ قَطُّ مالًا أنفسَ عِنْدِى منه ، فما تَأْمُرُنِى فيه ؟ قال : « إنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا ، وتَصَدَّقْتَ بِها ، غَيْرَ أنَّه لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، ولا يُبْتَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . قال : فتَصَدَّقَ بها عُمَرُ فى الفُقَراءِ ، وذَوِى القُرْبَى ، والرِّقابِ ، وابْنِ السَّبِيلِ ، والضَّيْفِ ، لا جُنَاحَ على مَن وَلِيَها أن يَأْكُلَ منها ، أو يُطْعِمَ صَدِيقًا بالمَعْرُوفِ ، غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ فيه ، أو غيرَ مُتَمَوِّلٍ فيه .

الإنصاف

كِتابُ الوَقْفِ

قوله : وهو تَحْبِيسُ الأَصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : وأرادَ مَن حَدَّ بهذا الحَدِّ ، مع شُروطِه المُعْتَبَرَةِ ، وأدْخَلَ غيرُهم الشُّروطَ فى الحَدِّ . انتهى . وقال فى « المُطْلِعِ » : وحَدُّ

الشرح الكبير

مُتَّفَقٌ عليه[1] . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنه قال : « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ، انْقَطَعَ عَمَلُه إلَّا مِنْ ثَلَاثٍ ؛ صَدَقَةٍ جارِيَةٍ ، أو عِلْمٍ [٢١٢/٥ظ] يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ورَواه مسلمٌ[2] .

فصل : والقولُ بصِحَّةِ الوَقْفِ قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ مِن السَّلَفِ ومَن بعدَهم . قال جابرٌ : لم يَكُنْ أحَدٌ مِن أصْحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ذُو مَقْدِرَةٍ إلَّا وَقَف . ولم يَرَه شُرَيْحٌ ، وقال : لا حَبْسَ عن فرائِضِ اللهِ . قال أحمدُ : هذا مَذْهَبُ أهْلِ الكُوفَةِ . وحَدِيثُ ابنِ عُمَرَ حُجَّةٌ على مَن خالَفه ، وهو صَرِيحٌ فى الحُكْمِ مع صِحَّتِه ، وقولُ جابرٍ نَقْلٌ للإجْماعِ ، فلا يُلْتَفَتُ إلى خِلافِ ذلك .

الإنصاف

المُصَنِّفِ لم يجْمَعْ شُروطَ الوَقْفِ ، وحدَّه غيرُه ، فقال : تَحْبِيسُ مالِكٍ مُطْلَقِ التَّصَرُّفِ مالَه المُنْتَفَعَ به مع بَقاءِ عَيْنِه ، بقَطْعِ تصَرُّفِ الواقِفِ فى رقَبَتِه ، يُصْرَفُ رِيعُه إلى جِهَةِ بِرٍّ ؛ تقرُّبًا إلى اللهِ تعالَى . انتهى . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وأقْرَبُ

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الشروط فى الوقف ، من كتاب الشروط ، وفى : باب ما للوصى أن يعمل فى مال اليتيم ... ، وباب الوقف كيف يكتب ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٢٦٠/٣ ، ١١/٤ ، ١٢ ، ١٤ . ومسلم ، فى : باب الوقف ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٥/٣ ، ١٢٥٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ١٠٥/٢ .. والترمذى ، فى : باب فى الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٣/٦ . والنسائى ، فى : باب كيف يكتب الحبس ... ، من كتاب الأحباس . المجتبى ١٩١/٦ ، ١٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٢/٢ ، ١٣ ، ٥٥ ، ١٢٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٢٦١/٦ .

المقنع

وَفيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ يَحْصُلُ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ الدَّالِّ عَلَيْهِ ؛ مِثْلَ أَنْ يَبْنِيَ مَسْجِدًا وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ ، أَوْ يَجْعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً وَيَأْذَنَ لَهُمْ فِي الدَّفْنِ فِيهَا ، أَوْ سِقَايَةً وَيَشْرَعَهَا لَهُمْ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَصِحُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ .

الشرح الكبير

٢٥٥٣ - مسألة : (وفيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، أنَّه يَحْصُلُ بالقَوْلِ والفِعْلِ الدّالِّ عليه ، مثلَ أن يَبْنِيَ مَسْجِدًا ويَأْذَنَ للناسِ فى الصلاةِ فيه ، أو يَجْعَلَ أرْضَه مَقْبَرَةً ويَأْذَنَ لهم فى الدَّفْنِ فيها ، أو سِقايَةً ويَشْرَعَها لهم) ظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّ الوَقْفَ يَحْصُلُ بالفِعْلِ مع القَرائِنِ الدّالَّةِ عليه التى ذكَرْناها . قال أحمدُ فى روايةِ أبى داودَ ، وأبى طالبٍ ، فى مَن أدْخَلَ بَيْتًا فى المَسْجدِ وأذِن فيه : لم يَرْجِعْ فيه . وكذلك إذا اتَّخَذَ المَقابرَ وأذِن للناسِ ، والسِّقايَةَ ، فليس له الرُّجوعُ . هذا قولُ أبى حنيفةَ . (و) الرِّوايةُ (الأُخْرَى ، لا يَصِحُّ إلَّا بالقَوْلِ) ذَكَرَها القاضى . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . وأخَذَه القاضى مِن قولِ أحمدَ ، إذ سَأَلَه الأثْرَمُ عن رجلٍ أحاطَ حائِطًا على أرْضٍ ليَجْعَلَها مَقْبَرَةً ، ونَوَى بقَلْبِه ، ثم بَدا له العَوْدُ ؟ فقال : إن كان جَعَلَها

الإنصاف

الحُدودِ فى الوَقْفِ ، أنَّه كلُّ عَيْنٍ تجوزُ عارِيَّتُها . فأدْخَلَ فى حدِّه أشياءَ كثيرةً لا يجوزُ وَقْفُها عندَ الإمامِ أحمدَ ، والأصحابِ ، يأْتِى حُكْمُها .

قوله : وفيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، أنَّه يَحْصُلُ بالقَوْلِ والفِعْلِ الدَّالِ عليه . كما مَثَّلَ به المُصَنِّفُ . وهذا المذهبُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وغيرُهم : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال الحارِثِيُّ : مذهبُ أبى عبدِ اللهِ ، انعِقادُ الوَقْفِ

الشرح الكبير

للهِ فلا يَرْجِعُ . قال شيخُنا[1] : وهذا لا يُنافِى الرِّوايةَ الأُولَى ، فإنَّه إن[2] أرادَ بقَوْلِه : إن كان جَعلَها للهِ . أى نَوَى بتَحْوِيطِها جَعْلَها للهِ ، فهذا تأْكِيدٌ للرِّوايةِ الأُولَى وزِيادَةٌ عليها ، إذ مَنَعَه مِن الرُّجُوعِ بمُجَرَّدِ التَّحْوِيطِ مع النِّيَّةِ ، وإن أرادَ بقَوْلِه : جعَلَها للهِ . أى اقْتَرَنَتْ بفِعْلِه قَرائِنُ دالَّةٌ على إرادةِ ذلك مع إذْنِه للناسِ فى الدَّفْنِ فيها ، فهو الرِّوايَةُ الأُولَى بعَيْنِها ، وإن أرادَ : إذا وَقَفَها بقولِه . فيَدُلُّ بمَفْهُومِه على أنَّ الوَقْفَ لا يَحْصُلُ بمُجَرَّدِ التَّحْوِيطِ والنِّيَّةِ ، وهذا لا يُنافِى الرِّوايةَ الأُولَى ؛ لأنَّه فى الأُولَى انْضَمَّ إلى فِعْلِه إذْنُه للناسِ فى الدَّفْنِ ، ولم يُوجَدْ هٰهُنا ، فلا تَنافِىَ بينهما ، ولم يُعْلَمْ مُرادُه مِن [٢١٣/٥و] هذه الاحْتِمالاتِ ، فانْتَفَتْ هذه الرِّوايةُ ، وصارَ المَذْهَبُ رِوايةً واحِدَةً . واحْتَجُّوا بأنَّ هذا تَحْبِيسٌ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، فوَجَبَ أن لا يَصِحَّ بدُونِ اللَّفْظِ ، كالوَقْفِ على الفُقَراءِ . ولَنا ، أنَّ العُرْفَ جارٍ بذلك ، وفيه دَلالَةٌ على الوَقْفِ ، فجاز أن يَثْبُتَ به ، كالقَوْلِ ، وجَرَى

الإنصاف

به ، وعليه الأصحابُ . انتهى . وجزَم به فى « الجامعِ الصَّغيرِ » ، و « رُءوسِ المَسائلِ » للقاضى ، و « رُءوسِ المَسائِل » لأبِى الخَطَّابِ ، و « الكافِى » ، و « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . والرِّوايَةُ الأُخْرَى ، لا يصِحُّ إلَّا بالقَوْلِ وَحْدَه ، كما مَثَّلَ المُصَنِّفُ . ذكَرَها القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، واخْتارَه أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ . ومنَع المُصَنِّفُ دلالَتَها ، وجعَل المذهبَ رِوايَةً واحدَةً ، وكذلك الحارِثِىُّ .

---

(١) فى : المغنى ١٩٠/٨ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مَجْرَى مَن قَدَّمَ إلى ضَيْفِه طَعامًا كان إذْنًا فى أكْلِه ، ومَن مَلَأَ خابِيَةً ماءٍ على الطَّرِيقِ كان تَسْبِيلًا له ، ومَن نَثَر نِثارًا كان إذْنًا فى أخْذِه ، كذلك دُخُولُ الحَمّامِ واسْتِعْمالُ مائِه مِن غيرِ إذْنٍ مُباحٌ بدَلالَةِ الحالِ . وقد ذَكَرْنا فى البَيْعِ أنَّه يَصِحُّ بالمُعاطاةِ ، وكذلك الهِبَةُ والهَدِيَّةُ ؛ لدَلالَةِ الحالِ ، كذلك هذا . وأمّا الوَقْفُ على المَساكِينِ ، فلم تَجْرِ به عادَةٌ بغيرِ لَفْظٍ ، ولو كان شئٌ جَرَتْ به العادَةُ أو دَلَّتِ الحالُ عليه ، كان كمَسْألَتِنا .

الإنصاف

فائدة : قال فى « المُطْلِعِ » : السِّقايَةُ ، بكَسْرِ السِّينِ ، المَوْضِعُ الذى يُتَّخَذُ فيه الشَّرابُ فى المَواسِمِ وغيرِها . عن ابنِ عبَّادٍ[1] ، قال : والمُرادُ هنا بالسِّقايَةِ ؛ البَيْتُ المَبْنِىُّ لقَضاءِ حاجَةِ الإنْسانِ ، سُمِّىَ بذلك تَشْبِيهًا بذلك . قال : ولم أرَه مَنْصُوصًا عليه فى شئٍ مِن كُتُبِ اللُّغَةِ والغَرِيبِ ، إلَّا بمَعْنَى مَوْضِعِ الشَّرابِ ، وبمَعْنَى الصُّواعِ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : أرادَ بالسِّقايَةِ مَوْضِعَ التَّطَهُّرِ وقَضاءِ الحاجَةِ ، بقَيْدِ وُجودِ الماءِ . قال : ولم أجِدْ ذلك فى كُتُبِ اللُّغَوِيِّين ، وإنَّما هى عندَهم مَقُولَةٌ بالاشْتِراكِ على الإناءِ الذى يُسْقَى به ، وعلى مَوْضِعِ السَّقْىِ ، أىِ المَكانِ المُتَّخَذِ به الماءُ . غيرَ أنَّ هذا يُقَرِّبُ ما أرادَ المُصَنِّفُ بقَوْلِه : وشرَعَها . أىْ فتَح بابَها . وقد يُرِيدُ به مَعْنَى الوُرودِ . انتهى . قلتُ : لعَلَّه أرادَ أعَمَّ ممَّا قالا ، فيَدْخُلُ فى كلامِه : لو وقَف خابِيَةً للماءِ على الطَّرِيقِ ونحوِه ، وبَنَى عليها ، ويكونُ ذلك تَسْبِيلًا له . وقد صرَّح بذلك المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : لو وقَف سِقَايَةً ، ملَك الشُّرْبَ منها ، لكِنْ يَرِدُ على ذلك قَوْلُه : ويشْرَعُها لهم .

(١) هو إسماعيل بن عباد بن عباس الطالقانى ، أبو القاسم المعروف بالصاحب ، الوزير الكبير العلامة الأديب الكاتب وزير الملك مؤيد الدولة بويه ، له تصانيف منها « المحيط » فى اللغة ، و « الإمامة » . توفى سنة خمس وثمانين وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء ١٦/٥١١ - ٥١٤ .

المقنع وَصَرِيحُهُ : وَقَفْتُ ، وَحَبَّسْتُ ، وَسَبَّلْتُ . وَكِنَايَتُهُ : تَصَدَّقْتُ ، وَحَرَّمْتُ ، وَأَبَّدْتُ . فَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ بِالْكِنَايَةِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ ، أَوْ يَقْرِنَ بِهَا أَحَدَ الْأَلْفَاظِ الْبَاقِيَةِ ، أَوْ حُكْمَ الْوَقْفِ ، فَيَقُولَ : تَصَدَّقْتُ

الشرح الكبير **٢٥٥٤** – مسألة : (وصَرِيحُه : وَقَفْتُ ، وسَبَّلْتُ ، وحَبَّسْتُ) فمتى أتَى بواحِدَةٍ منها ، صار وَقْفًا مِن غيرِ انْضِمامِ أمْرٍ زائِدٍ ؛ لأنَّ هذه الألْفاظَ ثَبَت لها عُرْفُ الاسْتِعْمالِ بينَ الناسِ ، وانْضَمَّ إلى ذلك عُرْفُ الشَّرْعِ ، بقولِ النبيِّ ﷺ لعُمَرَ : « إنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا ، وَسَبَّلْتَ ثَمَرَتَها »[1] . فصارَتْ هذه الألْفاظُ فى الوَقْفِ كلَفْظِ التَّطْلِيقِ فى الطَّلاقِ . والكِنايَةُ (تَصَدَّقْتُ ، وحَرَّمْتُ ، وأبَّدْتُ) فليست صَرِيحَةً ؛ لأنَّ لَفْظَةَ الصَّدَقَةِ والتَّحْرِيمِ مُشْتَرَكَةٌ ، فإنَّ الصَّدَقَةَ تُسْتَعْمَلُ فى الزكاةِ والهِباتِ ، والتَّحْرِيمَ يُسْتَعْمَلُ فى الظِّهارِ والأيْمانِ ، ويَكونُ تَحْرِيمًا على نَفْسِه وعلى غيرِه ، والتَّأْبِيدَ يَحْتَمِلُ تأْبِيدَ التَّحْرِيمِ ، وتَأْبِيدَ الوَقْفِ ، فلم يَثْبُتْ لهذه الألْفاظِ عُرْفُ الاسْتِعْمالِ ، فلا يَصِحُّ الوَقْفُ بمُجَرَّدِها ، ككِناياتِ

الإنصاف **تنبيه** : قولُه : مِثْلَ أنْ يَبْنِيَ مَسْجِدًا – أىْ يَبْنِيَ بُنْيانًا على هَيْئَةِ المَسْجِدِ – ويَأْذَنَ للنَّاسِ فى الصَّلاةِ فيه . أىْ إذْنًا عامًّا ؛ لأنَّ الإذْنَ الخاصَّ قد يقَعُ على غيرِ المَوْقُوفِ ، فلا يُفيدُ دلالَةَ الوَقْفِ . قالَه الحارِثِيُّ .

قولُه : وصَرِيحُه : وَقَفْتُ ، وحَبَّسْتُ ، وسبَّلْتُ . وَقَفْتُ ، وحَبَّسْتُ ، صَرِيحٌ فى الوَقْفِ ، بلا نِزاعٍ ، وهما مُترادِفان على مَعْنَى الاشْتِراكِ فى الرَّقَبَةِ عن التَّصرُّفاتِ

---

(١) تقدم تخريجه فى حديث عمر فى صفحة ٣٦٢ .

المقنع

صَدَقَةً مَوْقُوفَةً ، أَوْ مُحَبَّسَةً ، [١٥٣و] أَوْ مُسَبَّلَةً ، أَوْ مُحَرَّمَةً ، أَوْ مُؤَبَّدَةً ، أَوْ لَا تُبَاعُ ، وَلَا تُوهَبُ ، وَلَا تُورَثُ .

الشرح الكبير

الظِّهارِ . فإذا انْضَمَّ إليها أحَدُ ثَلاثةِ أشْياءَ ، حَصَلَ الوَقْفُ بها ؛ أحَدُها ، أن يَنْوِىَ الوَقْفَ ، فيكونَ على ما نَوَى ، إلَّا أنَّ النِّيَّةَ تَجْعَلُه وَقْفًا فى الباطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ ؛ لعَدَمِ الاطِّلاعِ عليها ، فإنِ اعْتَرَفَ بما نَواهُ ، لَزِم فى الحُكْمِ ؛ لظُهُورِه ، وإن قال : ما أرَدْتُ الوَقْفَ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بما نَوَى . الثانى ، أن يُضِيفَ إليها لَفْظَةً تُخَلِّصُها مِن الألْفاظِ الخَمْسَةِ ، (فيقولَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أو مُحَبَّسَةٌ ، أو مُسَبَّلَةٌ ، أو مُؤَبَّدَةٌ ، أو مُحَرَّمَةٌ) أو يقولَ : هذه مُحَرَّمَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أو مُحَبَّسَةٌ ، أو مُسَبَّلَةٌ ، أو مُؤَبَّدَةٌ . الثالثُ ، [٢١٣/٥ظ] أن يَصِفَها بصِفاتِ الوَقْفِ ، فيقولَ : صَدَقَةٌ (لا تُباعُ ، ولا تُوهَبُ ، ولا تُورَثُ) لأنَّ هذه القَرِينَةَ تُزِيلُ الاشْتِراكَ .

الإنصاف

المُزِيلَةِ للمِلْكِ . وأمَّا سَبَّلْتُ ، فصَرِيحَةٌ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال الحارِثِىُّ : والصَّحيحُ أنَّه ليس صَرِيحًا ؛ لقَوْلِه عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ : « حَبِّسِ الأَصْلَ ، وسَبِّلِ الثَّمَرَةَ »[1] . غايرَ بينَ مَعْنَى التَّحْبِيسِ ، والتَّسْبِيلِ ، فامْتَنَعَ كَوْنُ أحَدِهما صَرِيحًا فى الآخَرِ . وقد عُلِمَ كَوْنُ الوَقْفِ هو الإمْساكَ فى الرَّقَبَةِ عن أسْبابِ التَّمَلُّكاتِ . والتَّسْبِيلُ إطْلاقُ التَّمْلِيكِ ، فكيفَ يكونُ صَرِيحًا فى الوَقْفِ ؟ انتهى .

---

(١) أخرجه النسائى ، فى : باب حبس المشاع ، من كتاب الأحباس . المجتبى ١٩٣/٦ ، ١٩٤ . وابن ماجه ، فى : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠١/٢ .

قوله : وكِنايَتُه : تَصَدَّقْتُ . وحَرَّمْتُ . وأَبَّدْتُ . أمَّا تصَدَّقْتُ ، وحَرَّمْتُ ، فكِنايَةٌ فيه ، بلا خِلافٍ أعْلَمُه . وأمَّا أبَّدْتُ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ أنَّها مِن ألْفاظِ الكِنايَةِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به الأكثرُ . وذكَر أبو الفَرَجِ ، أنَّ أبَّدْتُ . صَريحٌ فيه .

قوله : فلا يَصِحُّ الوَقْفُ بالكِنايَةِ إلَّا أنْ يَنْوِيَه - بلا نِزاعٍ - أو يَقْرِنَ بها أحَدَ الألفاظِ الباقِيَةِ - يعْنِى الألْفاظَ الخَمْسَةَ مِنَ الصَّريحِ والكِنايَةِ - أو حُكْمَ الوَقْفِ ، فيَقُولَ [٢/٢٣٨ظ] : تَصَدَّقْتُ صَدَقَةً مَوْقُوفَةً ، أو مُحَبَّسَةً ، أو مُسَبَّلَةً ، أو مُحَرَّمَةً ، أو مُؤَبَّدَةً ، أو لا تُباعُ ، ولا تُوهَبُ ، ولا تُورَثُ . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وذكَر أبو الفَرَجِ أنَّ قَوْلَه : صدَقَةً مَوْقُوفَةً ، أو مُؤَبَّدَةً ، أو لا تُباعُ . كِنايَةٌ . وقال الحارِثِيُّ : إضافَةُ التَّسْبِيلِ بمُجَرَّدِه إلى الصَّدَقَةِ لا يُفيدُ زَوالَ الاشْتِراكِ ، فإنَّ التَّسْبِيلَ إنَّما يُفِيدُ ما تُفِيدُه الصَّدَقَةُ ، أو بعضَه ، فلا يُفِيدُ مَعْنًى زائِدًا . وكذا لو اقْتَصَر على إضافَةِ التَّأْبيدِ إلى التَّحْريمِ ، لا يُفِيدُ الوَقْفَ ؛ لأنَّ التَّأْبِيدَ قد يُرِيدُ به دَوامَ التَّحْريمِ ؛ فلا يخْلُصُ اللَّفْظُ عن الاشْتِراكِ . قال : وهذا الصَّحيحُ . انتهى .

وقد قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : لو جعَل عُلْوَ بَيْتِه أو سُفْلَه مَسْجِدًا ، صحَّ . وكذا لو جعَل وَسْطَ دارِه مَسْجِدًا ، ولم يذْكُرْ الاسْتِطْراقَ ، صحَّ كالبَيْعِ . قال فى « الفُروعِ » : فيَتَوجَّهُ منه الاكْتِفاءُ بلَفْظٍ يُشْعِرُ بالمَقْصودِ ، وهو أظْهَرُ على أُصْلِنا ، فيَصِحُّ ، جعَلْتُ هذا للمَسْجِدِ ، أو فى المَسْجِدِ ونحْوُه . وهو ظاهِرُ نصُوصِه . وصحَّح فى رِوايَةِ يَعْقُوبَ وقْفَ مَن قال : قَرْيَتِى التى بالثَّغْرِ لمَوالِيَّ الَّذين به ، ولأَوْلادِهم . وقالَه شيْخُنا ، وقال : إذا قال واحدٌ ، أو جماعَةٌ : جعَلْنا هذا المَكانَ مسْجِدًا ، أو وقفًا . صارَ مسْجِدًا ووَقْفًا بذلك ، وإنْ لم يُكْمِلُوا عِمارَتَه .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ فِي عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا وَيُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهَا دَائِمًا مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهَا ؛ كَالْعَقَارِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالْأَثَاثِ ، وَالسِّلَاحِ .

الشرح الكبير

٢٥٥٥ – مسألة : (ولا يَصِحُّ) الوَقْفُ (إلَّا بشُرُوطٍ أرْبعةٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ فى عَيْنٍ يَجوزُ بَيْعُها ويُمْكِنُ الانْتِفاعُ بها دائِمًا مع بَقاءِ عَيْنِها ؛ كالحَيَوانِ ، والعَقارِ ، والأثاثِ ، والسِّلاحِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ

الإنصاف

وإذا قال كلٌّ منهم : جعلْتُ مِلْكِى للمَسْجِدِ . أو فى المَسْجِدِ . ونحوَ ذلك ، صارَ بذلك حقًّا للمَسْجِدِ . انتهى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، إذا قال : تصَدَّقْتُ بأَرْضِى على فُلانٍ ، وذكَر مُعَيَّنًا ، أو مُعَيَّنِين ، والنَّظَرُ لى أيَّامَ حياتِى ، أو لفُلانٍ ، ثم مِن بعدِه لفُلانٍ . كانَ مُفيدًا للوَقْفِ . وكذا لو قال : تصَدَّقْتُ به على فُلانٍ ، ثم مِن بعدِه على وَلَدِه ، أو على فُلانٍ . أو : تصَدَّقْتُ به على قَبيلَةِ كذا ، أو طائفَةِ كذا . كان مُفِيدًا للوَقْفِ ؛ لأنَّ ذلك لا يُسْتَعْمَلُ فيما عَداه ، فالشَّرِكَةُ مُنْتَفِيَةٌ . الثَّانيةُ ، لو قال : تصَدَّقْتُ بدارِى على فُلانٍ . ثم قال بعدَ ذلك : أرَدْتُ الوَقْفَ . ولم يُصَدِّقْه فُلانٌ ، لم يُقْبَلْ قوْلُ المُتَصَدِّقِ فى الحُكْمِ ؛ لأنَّه مُخالِفٌ للظَّاهِرِ . قلتُ : فيُعايَى بها .

قوله : ولا يَصِحُّ إلَّا بشُروطٍ أرْبَعَةٍ ؛ أحدُها ، أنْ يكونَ فى عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُها ، ويُمْكِنُ الانْتِفاعُ بها دائمًا مع بَقاءِ عَيْنِها . يعْنِى ، فى العُرْفِ ، كالإجارَةِ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . واعْتَبَرَ أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ بَقاءً مُتطاوِلًا ، أدْناه عُمْرُ الحَيوانِ .

قوله : كالعَقارِ ، والحَيَوانِ ، والأَثاثِ ، والسِّلاحِ . أمَّا وَقْفُ غيرِ المَنْقولِ ،

الشرح الكبير

الذى يَصِحُّ وَقْفُه ما جاز بَيْعُه مع بَقاءِ عَيْنِه ، وكان أصْلًا يَبْقَى بَقاءً مُتَّصِلًا ؛ كالعَقارِ ، والحَيَوانِ ، والسِّلاحِ ، والأثاثِ ، وأشْباهِ ذلك . قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ الأثْرَمِ : إنَّما الوَقْفُ فى الدُّورِ والأرَضِينَ ، على ما وَقَف أصْحابُ رسولِ اللهِ ﷺ . وقال فى مَن وَقَف خَمْسَ نَخَلاتٍ على مَسْجِدٍ : لا بَأْسَ به . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال أبو يُوسُفَ : لا يَجوزُ وَقْفُ الحَيوانِ ، ولا الرَّقِيقِ ، ولا العُرُوضِ إلَّا الكُراعَ[1] ، والسِّلاحَ ، والغِلْمانَ ، والبَقَرَ ، والآلَةَ فى الأرْضِ المَوْقُوفَةِ تَبَعًا لها ؛ لأنَّ هذا حَيوانٌ لا يُقاتَلُ عليه ، فلم يَجُزْ وَقْفُه ، كما لو كان الوَقْفُ إلى مُدَّةٍ . وعن مالكٍ فى الكُراعِ والسِّلاحِ رِوايتان . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « أمَّا خَالِدٌ فإنَّه قَدِ احْتَبَسَ أدْرَاعَهُ وأعْتَادَهُ فى سَبِيلِ اللهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] ، وفى روايةٍ « أعْتُدَهُ » .

الإنصاف

فيَصِحُّ بلا نِزاعٍ . وأمَّا وَقْفُ المَنْقولِ ؛ كالحَيوانِ ، والأثاثِ ، والسِّلاحِ ، ونحوِها ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ صِحَّةُ وَقْفِها ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . وعنه ، لا يصِحُّ وَقْفُ غيرِ العَقارِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ الأثْرَمِ ، وحَنْبَلٍ . ومَنَع

---

(١) الكراع : اسم يجمع الخيل والسلاح .
وفى المغنى ٨/٢٣٢ . « ولا الكراع » . وما هنا يوافق ما حكاه عن أبى يوسف فى فتح القدير ٦/٢١٦ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ وفى الرقاب ... ﴾ ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب ما قيل فى درع النبى ﷺ ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٢/١٥١ ، ٤/٤٩ . ومسلم ، فى : باب فى تقديم الزكاة ومنعها ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/٦٧٧ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تعجيل الزكاة . من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/٣٧٦ . والنسائى ، فى : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/٢٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٢٢ .

الشرح الكبير

أخْرَجَه البُخارِىُّ . قال الخَطَّابِىُّ[1] : الأعْتادُ ما يُعِدُّه الرجلُ مِن مَرْكُوبٍ وسِلاحٍ وآلةِ الجِهادِ . ورُوِىَ أنَّ أُمَّ مَعْقِلٍ جاءَتْ إلى النبىِّ ﷺ فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ أبا مَعْقِلٍ جَعَل ناضِحَه فى سَبِيلِ اللهِ ، وإنِّى أُرِيدُ الحَجَّ ، أفَأرْكَبُه ؟ فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « ارْكَبِيه ، فإنَّ الحَجَّ والعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللهِ »[2] . ولأنَّه يَحْصُلُ فيه تَحْبِيسُ الأصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، فصَحَّ وَقْفُه ، كالعَقارِ والفَرَسِ الحَبِيسِ ، أو نقولُ : يَصِحُّ وَقْفُه مع غيرِه ، فصَحَّ وَحْدَه ، كالعَقارِ .

فصل : قال أحمد ، رحمه الله ، فى رجلٍ له دارٌ فى الرَّبَضِ[3] ، أو قَطِيعَةٌ ، فأرادَ التَّنَزُّهَ منها ، قال : يَقِفُها . وقال : القَطائِعُ تَرْجِعُ إلى الأصْلِ . أرادَ[4] جَعْلَها للمَساكِينِ . فظاهِرُ هذا إباحَةُ وَقْفِ السَّوادِ ، وهو فى الأصْلِ وَقْفٌ ، ومعناه أنَّ وَقْفَها يُطابِقُ الأصْلَ ، لا أنَّها تَصِيرُ بهذا القَوْلِ وَقْفًا .

الإنصاف

الحارِثِىُّ دَلالَةَ هذه الرِّوايَةِ ، وجَعَل المذهبَ رِوايةً واحدةً . ونقَل المَرُّوذِىُّ ، لا يجوزُ وَقْفُ السِّلاحِ . ذكَرَه أبو بَكْرٍ . وقال فى « الإرْشادِ » : لا يصِحُّ وَقْفُ الثِّيابِ .

---

(1) فى : معالم السنن ٢/٥٣ .

(2) أخرجه أبو داود ، فى : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١/٤٥٩ .

(3) الرَّبَض هنا : ما حول المدينة من أرض فضاء .

(4) هكذا فى النسخ ، وفى المغنى ٨/٢٣٣ ، والمبدع ٥/٣١٦ « إذا » .

المقنع وَيَصِحُّ وَقْفُ الْمُشَاعِ .

الشرح الكبير **٢٥٥٦** - مسألة : (ويَصِحُّ وَقْفُ المُشاعِ) وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو يُوسُفَ . [٢١٤/٥و] وقال محمدُ بنُ الحَسَنِ : لا يَصِحُّ . وبَناه على أصْلِه فى أنَّ القَبْضَ شَرْطٌ ، وهو لا يَصِحُّ فى المُشاعِ . ولَنا ، أنَّ فى حَدِيثِ عُمَرَ ، أنَّه أصابَ مائةَ سَهْمٍ مِن خَيْبَرَ ، فاسْتَأْذَنَ النبىَّ ﷺ فيها ، فأذِنَ له فى وَقْفِها . وهذا صِفَةُ المُشاعِ ، ولأنَّه عَقْدٌ يَجوزُ على بعضِ الجُمْلَةِ مُفْرَدًا ، فجاز عليه مُشاعًا ، كالبَيْعِ ، ولأنَّ الوَقْفَ تَحْبِيسُ الأصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، وهذا يَحْصُلُ فى المُشاعِ كحُصُولِه فى المُفْرَدِ[١] ، ولا نُسَلِّمُ اعْتِبارَ القَبْضِ ، وإن سَلَّمْنا ، فهو يَصِحُّ فى الوَقْفِ كما يَصِحُّ فى البَيْعِ .

الإنصاف قوله : ويَصِحُّ وَقْفُ المُشاعِ . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ قاطِبَةً . وفى طريقَةِ بعضِ الأصحابِ ، ويَتَوَجَّهُ مِن عدَمِ صِحَّةِ إجارَةِ المُشاعِ ، عدَمُ صِحَّةِ وَقْفِه .

فائدة : قال فى « الفُروعِ » : يَتَوَجَّهُ أنَّ المُشاعَ لو وقَفَه مسْجِدًا ، ثبَت فيه حُكْمُ المَسْجِدِ فى الحالِ ، فيُمنَعُ مِنَ الجُنُبِ ، ثم القِسْمَةُ مُتَعَيِّنَةٌ هنا ؛ لتَعَيُّنِها طريقًا للانْتِفاعِ بالمَوْقوفِ . انتهى . وكذا ذكَرَه ابنُ الصَّلاحِ[٢] .

(١) فى م : « المقرر » .

(٢) عثمان بن صلاح الدين عبد الرحمن بن عثمان الكردى الشهرزورى ، الشافعى ، أبو عمرو . الإمام الحافظ العلامة شيخ الإسلام ، وصاحب كتاب « علوم الحديث » . توفى سنة ثلاث وأربعين وستمائة . سير أعلام النبلاء ١٤٠/٢٣ - ١٤٤ .

المقنع

وَيَصِحُّ وَقفُ الْحَلْىِ عَلَى اللُّبْسِ وَالْعَارِيَّةِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ .

الشرح الكبير

فصل : وإن وَقَف دارَه على جِهَتَيْن مُخْتَلِفَتَيْن ، مثلَ أن يَقِفَها على أوْلادِه وعلى المَساكِينِ ؛ نِصْفَيْن ، أو أثْلاثًا ، أو كيفما كان ، جاز . وسواءٌ جَعَل مَآلَ المَوْقُوفِ على أوْلادِه وعلى[1] المَساكِينِ ، أو على جِهَةٍ سِواهم ؛ لأنَّه إذا جاز وَقْفُ الجُزْءِ مُفْرَدًا ، جاز وَقْفُ الجُزْأيْنِ . وإن أطْلَقَ الوَقْفَ ، فقال : وَقَفْتُ دارِى هذه على أوْلادِى ، وعلى المَساكِينِ . فهى بينَهما نِصْفَيْن ؛ لأنَّ إطْلاقَ الإضافَةِ إليهما يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ بينَ الجِهَتَيْن ، ولا تَتَحَقَّقُ إلَّا بالتَّنْصِيفِ . وإن قال : وَقَفْتُها على زَيْدٍ وعَمْرٍو والمَساكِينِ . فهى بينَهم أثْلاثًا .

٢٥٥٧ - مسألة : (ويَصِحُّ وَقْفُ الحَلْىِ على اللُّبْسِ والعارِيَّةِ) لأنَّ ذلك نَفْعٌ مُباحٌ مَقْصُودٌ يجوزُ أخْذُ الأُجْرَةِ عليه ، فصَحَّ الوَقْفُ عليه ، كوَقْفِ السِّلاحِ فى سَبِيلِ اللهِ ، ولِما روَى نافِعٌ ، قال : ابْتاعَتْ حَفْصَةُ حَلْيًا بعِشْرِين ألْفًا ، فحَبَّسَتْه على نِساءِ آلِ الخَطّابِ ، فكانت لا تُخْرِجُ

الإنصاف

قوله : ويَصِحُّ وَقْفُ الحَلْىِ للُّبْسِ ، والعارِيَّةِ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : هذا المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : هذا الصَّحيحُ . وذكَرَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » عن عامَّةِ الأصحابِ ، واخْتارَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، فى آخَرِين ، ونقَلَها الخِرَقِىُّ ، وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » فى الحَلْىِ وغيرِه . وعنه ، لا يصِحُّ . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، ذكَرَه الحارِثِىُّ . وتأوَّلَها القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ .

(١) فى النسخ : « على » ، والمثبت من المغنى ٢٣٣/٨ .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ الْوَقْفُ فِى الذِّمَّةِ ؛ كَعَبْدٍ ، وَدَارٍ ، ....

الشرح الكبير

زَكاتَه . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[1] . ولأنَّه عَيْنٌ يُمْكِنُ الانْتِفاعُ بها مع بَقائِها دائِمًا ، فصَحَّ وَقْفُها ، كالعَقارِ . وهو قولُ الشافعىِّ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه لا يَصِحُّ وَقْفُها عليه . وأنْكَرَ الحَديثَ عن حَفْصَةَ فى وَقْفِه . ووَجْهُ هذه الرِّوايةِ أنَّ التَّحَلِّىَ ليس هو المَقْصُودَ الأصْلِىَّ مِن الأثْمانِ ، فلم يَصِحَّ وَقْفُها عليه ، كما لو وَقَف الدَّنانِيرَ والدَّراهِمَ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لِما ذَكَرْنا ، والتَّحَلِّى مِن المَقاصِدِ المُهِمَّةِ ، والعادَةُ جارِيَةٌ به ، وقد اعْتَبَرَه الشَّرْعُ فى إسْقاطِ الزكاةِ عن مُتَّخِذِه ، وجَوَّزَ إجارَتَه لذلك . ويُفارِقُ الدَّراهِمَ والدَّنانِيرَ ، فإنَّ العادَةَ لم تَجْرِ بالتَّحَلِّى بها ، ولا اعْتَبَرَ الشَّرْعُ ذلك فى إسْقاطِ زَكاةٍ ، ولا ضَمانِ نَفْعِه فى الغَصْبِ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا .

٢٥٥٨ – مسألة : (ولا يَصِحُّ الوَقْفُ فى الذِّمَّةِ ؛ كعَبْدٍ ، ودارٍ) وسِلاحٍ غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ الوَقْفَ إبْطالٌ لمَعْنَى المِلْكِ فيه ، فلم يَصِحَّ فى غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالعِتْقِ .

الإنصاف

قال فى « التَّلْخيصِ » : وهذه الرِّوايَةُ مَبْنِيَّةٌ على ماحَكَيْناه عنه فى المَنْعِ فى وَقْفِ المَنْقُولِ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ » .

فائدة : لو أطْلَقَ وقْفَ الحَلْىِ ، لم يصِحَّ . قطَع به فى « الفائقِ » . قلتُ : لو قِيلَ بالصِّحَّةِ ، ويُصْرَفُ إلى اللُّبْسِ والعارِيَّةِ ، لكانَ مُتَّجِهًا ، وله نَظائِرُ .

(١) قال فى الإرواء ٦/٣٤ : لم أقف على إسناده .

المقنع

وَلَا غَيْرِ مُعَيَّنٍ ؛ كَأَحَدِ هَذَيْنِ ، وَلَا وَقْفُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ كَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَالْكَلْبِ ، ....

الشرح الكبير

٢٥٥٩ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ فى (غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كأحَدِ هذَيْن) العَبْدَيْن ؛ لأنَّه نَقْلٌ للمِلْكِ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، فلم يَصِحَّ فى غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالهِبَةِ .

٢٥٦٠ - مسألة : (ولا) يَصِحُّ (وَقْفُ ما لا يَجُوزُ بَيْعُه ؛ كأُمِّ الوَلَدِ ، والكَلْبِ) والمَرْهُونِ ، وكذلك الخِنْزِيرُ ، وسائِرُ سِباعِ البَهائِمِ التى لا تَصْلُحُ للصَّيْدِ ، وجَوارِحُ الطَّيْرِ التى لا يُصادُ بها ؛ لأنَّه نَقْلٌ للمِلْكِ فيها فى الحياةِ ، فلم يَجُزْ ، كالبَيْعِ ، ولأنَّ الوَقْفَ تَحْبِيسُ الأصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، وما لا مَنْفَعَةَ فيه مُباحةً فلا يَحْصُلُ فيه تَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، والكَلْبُ أُبِيحَ الانْتِفاعُ به على خِلافِ الأصْلِ للضَّرُورَةِ ، فلم يَجُزِ التَّوَسُّعُ فيها ، والمَرْهُونُ فى وَقْفِه إبْطالُ حَقِّ المُرْتَهِنِ منه ، فلم يَجُزْ إبْطالُه . ولا يَصِحُّ وَقْفُ الحَمْلِ المُنْفَرِدِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ بَيْعُه .

الإنصاف

قوله : ولا يَصِحُّ وَقْفُ غيرِ مُعَيَّنٍ ، كأحَدِ هذين . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ . وقال فى « التَّلْخيصِ » : ويَحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ ، كالعِتْقِ . ونقَل جماعةٌ عن أحمدَ ، فى مَن وقَف دارًا ، ولم يَحُدَّها ، قال : يصِحُّ ، وإنْ لم يَحُدَّها ، إذا كانتْ معْروفَةً . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . فعلى الصِّحَّةِ ، يخْرُجُ المُبْهَمُ بالقُرْعَةِ . قالَه الحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الرِّعايَةِ » ، وغيرُهما .

قوله : ولا يَصِحُّ وَقْفُ ما لا يَجُوزُ بَيْعُه ؛ كأُمِّ الوَلَدِ ، والكَلْبِ . أمَّا أُمُّ الوَلَدِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، أنَّه لا يصِحُّ وَقْفُها . قطَع به فى

« المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل : يصِحُّ . قالَه فى « الفائقِ » . [٢٣٩/٢و] وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قلتُ : فلعَلَّ مُرادَ القائلِ بذلك إذا قيلَ بجَوازِ بيْعِها ، أو أنَّه يصِحُّ مادامَ سيِّدُها حيًّا ، على قوْلٍ يأْتِى . ثم وجَدْتُ صاحِبَ « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » قال : وفى أُمِّ الوَلَدِ وَجْهان ، قلتُ : إنْ صحَّ بيْعُها ، صحَّ وَقْفُها ، وإلَّا فلا . انتهى . لكِنْ ينْبَغِى على هذا أنْ يصِحَّ وقْفُها ، قوْلًا واحدًا ، وعندَ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ ، يصِحُّ وَقْفُ مَنافِعِ أُمِّ الوَلَدِ فى حَياتِه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال الحارِثِىُّ : المُكاتَبُ ؛ إنْ قيلَ بمَنْعِ بيْعِه ، فكأُمِّ الوَلَدِ ، وإنْ قيل بالجَوازِ ، كما هو المذهبُ ، فمُقْتَضَى ذلك صِحَّةُ وَقْفِه ، ولكِنْ إذا أدَّى ، هل يبْطُلُ الوَقْفُ ؟ يحْتاجُ إلى نظَرٍ . انتهى . الثَّانيةُ ، حُكْمُ وَقْفِ المُدَبَّرِ حُكْمُ بيْعِه ، على ما يأْتِى فى بابِه . ذكَرَه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وأمَّا الكَلْبُ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ وَقْفُه ، وعليه الأصحابُ ؛ لأنَّه لا يصِحُّ بيْعُه . وقال الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » : وقد تُخَرَّجُ الصِّحَّةُ مِن جوازِ إعارَةِ الكَلْبِ المُعَلَّمِ ، كما خُرِّجَ جوازُ الإجارَةِ ؛ لحُصولِ نقْلِ المَنْفَعَةِ ، والمَنْفَعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ بغيرِ إشْكالٍ ، فجازَ أنْ تُنْقَلَ . قال : والصَّحيحُ اخْتِصاصُ النَّهْىِ عنِ البَيْعِ بما عَدا كَلْبَ الصَّيْدِ ؛ بدَليلِ رِوايَةِ حمَّادِ بنِ سَلَمَةَ ، عن أبى الزُّبَيْرِ ، عن جابرٍ قال : نَهَى رَسُولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم عن ثَمَنِ الكَلْبِ ، والسِّنَّوْرِ ، إلَّا كَلْبَ الصَّيْدِ[1] . والإسْنادُ جيِّدٌ ، فيَصِحُّ وقْفُ المُعَلَّمِ ؛ لأنَّ بيْعَه جائزٌ . وفى

(١) تقدم تخريجه فى ٤٣/١١ .

المقنع وَمَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا ؛ كَالْأَثْمَانِ ، وَالْمَطْعُومِ ، وَالرَّيَاحِينِ .

الشرح الكبير فصل : (ولا) يَصِحُّ وَقْفُ (ما لا يُنْتَفَعُ به مع بَقائِه دائِمًا ؛ كالأثْمانِ ، والمَطْعُومِ ، والرَّياحِينِ) ما لا يُمْكِنُ الانْتِفاعُ به مع بَقاءِ عَيْنِه ؛ كالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ ، والمَطْعُومِ (1) ، والمَشْرُوبِ ، وأشْباهِه مِن الرَّياحِينِ ، لا يجوزُ وَقْفُه فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ وأهْلِ العِلْمِ ، إلَّا شيئًا حُكِىَ عن مالكٍ ، والأوْزاعِىِّ ، فى وَقْفِ الطَّعامِ ، أنَّه يجوزُ . ولم يَحْكِه أصْحابُ

الإنصاف مَعْناه جَوارِحُ الطَّيْرِ ، وسِباعُ البهائمِ الصَّيَّادَةُ ، يصِحُّ وقْفُها ، ويجوزُ بيْعُها ، بخِلافِ غيرِ الصَّيَّادَةِ . ومَرَّ فى المذهبِ رِوايَةٌ بامْتِناعِ بيْعِها ، أعْنِى الصَّيَّادَةَ ، فيَمْتَنِعَ وقْفُها . والأوَّلُ أصحُّ . انتهى . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ويصِحُّ وَقْفُ الكَلْبِ المُعَلَّمِ ، والجَوارِحِ المعَلَّمَةِ ، وما لا يُقْدَرُ على تَسْليمِه .

قوله : وما لا يُنْتَفَعُ به مع بقائِه دائمًا ، كالأَثْمانِ . إذا وقَف الأثْمانَ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يقِفَها للتَّحَلِّى والوَزْنِ ، أو غيرِ ذلك ، فإنْ وقَفَها للتَّحَلِّى والوَزْنِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ . ونَقَله الجماعَةُ عن أحمدَ ، وهو ظاهِرُ ماقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال الحارِثِىُّ : وعدَمُ الصِّحَّةِ أصحُّ . وقيل : يصِحُّ ؛ قِياسًا على الإجارَةِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : إنْ وقَفَها للزِّنَةِ بها ، فقِياسُ قوْلِنا فى الإجارَةِ ، أنَّه يصِحُّ . فعلى هذا ؛ إنْ وقَفَها وأطْلَقَ ، بطَل الوَقْفُ . على الصَّحيحِ . وقيل : يصِحُّ ، ويُحْمَلُ عليهما . وإنْ وقَفَها لغيرِ ذلك ، لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال فى « الفائقِ » : وعنه ، يصِحُّ وَقْفُ الدَّراهمِ ،

---

(1) سقط من : م .

الشرح الكبير

مالكٍ . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَحْبِيسُ الأصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، وما لا يُنْتَفَعُ به إلَّا بالإتْلافِ لا يَصِحُّ ذلك فيه . وقيل في الدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ : يَصِحُّ وَقْفُها . عندَ مَن أجاز إجارَتَها . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ تلك المَنْفَعَةَ ليستِ المَقْصُودَ الذى خُلِقَتْ له الأثْمانُ ، ولهذا لا تُضْمَنُ في الغَصْبِ ، فلم يَجُزِ

الإنصاف

فيُنْتَفَعُ بها فى القَرْضِ ونحوِه . اخْتارَه شيْخُنا . يعْنِى به الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ . وقال فى « الاخْتِياراتِ » : ولو وقَف الدَّراهِمَ على المُحْتاجِين ، لم يكُنْ جوازُ هذا بعيدًا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو وقَف قِنْديلَ ذَهَبٍ ، أو فِضَّةٍ على مسْجِدٍ ، لم يصِحَّ ، وهو باقٍ على مِلْكِ رَبِّه ، فيُزَكِّيه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يصِحُّ ، فيُكْسَرُ ويُصْرَفُ فى مصَالِحِه . اخْتارَه المُصَنِّفُ . قلتُ : وهذا هو الصَّوابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : لو وقَف قِنْدِيلَ نَقْدٍ للنَّبِىِّ ﷺ ، صُرِفَ لجِيرانِه ﷺ ، قِيمَتُه . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : النَّذْرُ للقُبورِ هو للمَصالِحِ ، ما لم يُعْلَمْ رَبُّه ، وفى الكفَّارَةِ الخِلافُ ، وإنَّ مِنَ الحُسْنِ صَرْفَه فى نَظِيرِه مِنَ المَشْرُوعِ . ولو وقَف فَرَسًا بسَرْجٍ ولِجامٍ مُفَضَّضٍ ، صحَّ . نصَّ عليه تَبَعًا . وعنه ، تُباعُ الفِضَّةُ ، وتُصْرَفُ فى وَقْفٍ مِثْلِه . وعنه ، تُنْفَقُ عليه . الثَّانيَةُ ، قال فى « الفائقِ » : ويجوزُ وَقْفُ الماءِ . نصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : وفى « الجامِعِ » ، يصِحُّ وَقْفُ الماءِ . قال الفَضْلُ : سأَلْتُه عن وَقْفِ الماءِ ؟ فقال : إنْ كان شيئًا اسْتَجازُوه بينَهم ، جازَ . وحمَلَه القاضى وغيرُه على وَقْفِ مَكانِه . قال الحارِثِىُّ : هذا النَّصُّ يقْتَضِى تَصْحيحَ الوَقْفِ لنَفسِ الماءِ ، كما يفْعَلُه أَهْلُ دِمَشْقَ ؛ يقِفُ أحَدُهم حِصَّةً أو بعضَها مِن ماءِ النَّهْرِ . وهو مُشْكِلٌ مِن وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، إثْباتُ الوَقْفِ فيما لم يَمْلِكْه بعدُ ، فإنَّ الماءَ يتَجدَّدُ شيئًا فشيئًا . الثَّانى ، ذَهابُ العَيْنِ بالانْتِفاعِ . ولكِنْ قد يُقالُ : بَقاءُ مادَّةِ الحُصولِ مِن غيرِ تأثُّرٍ بالانْتِفاعِ يتَنَزَّلُ مَنْزِلَةَ بَقاءِ أصْلِ العَيْنِ مع الانْتِفاعِ .

الشرح الكبير

الوَقْفُ له ، كوقفِ الشَّجَرِ على نَشْرِ الثِّيابِ ، والغَنَمِ على دَوْسِ الطِّينِ ، والشَّمْعِ لِيُتَجَمَّلَ به . وكذلك[1] لا يَصِحُّ وَقْفُ الشَّمْعِ للإِشْعالِ ؛ لأنَّه يَتْلَفُ بالانْتِفاعِ به ، فهو كالمَأْكُولِ .

الإنصاف

ويُؤَيِّدُ هذا صِحَّةُ وَقْفِ البِئْرِ ، فإنَّ الوَقْفَ واردٌ على مَجْموعِ الماءِ والحَفيرَةِ ، فالماءُ أَصْلٌ فى الوَقْفِ . وهو المَقْصودُ مِنَ البِئْرِ . ثم لا أثَرَ لذَهابِ الماءِ بالاسْتِعْمالِ ؛ لتجَدُّدِ بدَلِه ، فهنا كذلك ، فيجوزُ وَقْفُ الماءِ كذلك . انتهى .

قوله : والمَطْعومِ والرَّياحِينِ . يعْنِى ، لا يصِحُّ وَقْفُها . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لو تصَدَّقَ بدُهْنٍ على مَسْجِدٍ لِيُوقَدَ فيه ، جازَ ، وهو مِن بابِ الوَقْفِ ، وتَسْمِيَتُه وَقْفًا ، بمَعْنَى أنَّه وُقِفَ على تلك الجِهَةِ ، لا يُنْتَفَعُ به فى غيرِها ، لا تأْباه اللُّغَةُ ، وهو جارٍ فى الشَّرْعِ . وقال أيضًا : يصِحُّ وَقْفُ الرَّيْحانِ لِيَشُمَّه أهْلُ المَسْجِدِ . قال : وطِيبُ الكَعْبَةِ حُكْمُه حُكْمُ كُسْوَتِها . فعُلِمَ أنَّ التَّطْييبَ مَنْفَعَةٌ مقْصودَةٌ ، لكِنْ قد تطُولُ مُدَّةُ التَّطْيُّبِ ، وقد تَقْصُرُ ، ولا [٢٣٩/٢ظ] أثَرَ لذلك . قال الحارِثِىُّ : وما يَبْقَى أثَرُه مِنَ الطِّيبِ ؛ كالنَّدِّ ، والصَّنْدَلِ ، وقِطَعِ الكافُورِ ، لشَمِّ المَريضِ وغيرِه ، فيَصِحُّ وَقْفُه على ذلك ؛ لبَقائِه مع الانْتِفاعِ ، وقد صحَّتْ إجارَتُه لذلك ، فصَحَّ وَقْفُه . انتهى . وهذا ليس داخِلًا فى كلامِ المُصَنِّفِ ، والظَّاهِرُ أنَّ هذا مِنَ المُتَّفَقِ على صِحَّتِه ؛ لوُجودِ شُروطِ الوَقْفِ فيه .

---

(١) فى م : « لذلك » .

المقنع الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ عَلَى بِرٍّ ؛ كَالْمَسَاكِينِ ، وَالْمَسَاجِدِ ، وَالْقَنَاطِرِ ، وَالْأَقَارِبِ ، مُسْلِمِينَ كَانُوا أَوْ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ .

الشرح الكبير (الثانى ، أن يكونَ على برٍّ ؛ كالمَساكِينِ ، والمَساجِدِ ، والقَناطِرِ ، والأقارِبِ مسلمين كانوا أو مِن أهْلِ الذِّمَّةِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ الوَقْفَ لا يَصِحُّ إلَّا على بِرٍّ أو مَعْرُوفٍ ؛ كوَلَدِه[1] وأقارِبِه ، والمَساجِدِ ، والقَناطِرِ ، وكُتُبِ الفِقْهِ والعِلْمِ ، والقُرْآنِ ، والسِّقاياتِ ، والمَقابِرِ ، وسبيلِ اللهِ ، وإصْلاحِ الطُّرُقِ ، ونحوِ ذلك مِن القُرَبِ . ويَصِحُّ على أهْلِ الذِّمَّةِ ؛ لأنَّهم يَمْلِكُون مِلْكًا مُحْتَرَمًا ، [٥/٢١٥و] وتَجُوزُ الصَّدَقَةُ عليهم ، قال اللهُ تعالى : ﴿ لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓا۟ إِلَيْهِمْ ﴾[2] . وإذا جازتِ الصَّدَقَةُ عليهم جاز الوَقْفُ عليهم ، كالمسلمين . ورُوِىَ أنَّ صَفِيَّةَ زَوْجَ النبىِّ ﷺ وَقَفَتْ على أخٍ لها يَهُودِىٍّ[3] . ولأنَّ مَن جاز أن يَقِفَ عليه الذِّمِّىُّ جاز أن يَقِفَ المُسْلِمُ عليه ، كالمُسْلِمِ . ولو وَقَف على مَن يَنْزِلُ كَنائِسَهم وبِيَعَهم مِن المارَّةِ والمُجْتازِين مِن أهْلِ الذِّمَّةِ وغيرِهم ، صَحَّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ عليهم لا على المَوْضِعِ .

الإنصاف قوله : الثَّانِي ، أنْ يكونَ على بِرٍّ – وسواءٌ كان الواقِفُ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا ، نصَّ

---

(١) فى م : « لولده » .

(٢) سورة الممتحنة ٨ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب عطية المسلم الكافر ووصيته له ، من كتاب أهل الكتاب . وفى : باب الميراث لا يقسم حتى يسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ٦/٣٣ ، ١٠/٣٤٩ . وسعيد ، فى : باب وصية الصبى ، من كتاب الوصايا . السنن ١/١٢٨ . والبيهقى ، فى : باب الوصية للكفار ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٨١ .

الإنصاف

عليه الإمامُ أحمدُ - كالمَساكِينِ ، والمَساجِدِ ، والقَناطِرِ ، والأقارِبِ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : يصِحُّ الوَقْفُ على مُباحٍ أيضًا . وقيل : يصِحُّ على مُباحٍ ومَكْرُوهٍ . قال فى « التَّلْخيصِ » : وقيل : المُشْتَرَطُ أنْ لا يكونَ على جِهَةِ مَعْصِيَةٍ ؛ سواءٌ كان قُرْبَةً وثَوابًا ، أو لم يكُنْ . انتهى . فعلى هذا ، يصِحُّ الوَقْفُ على الأغْنِياءِ . فعلى المذهبِ ، اشْتِراطُ العُزوبَةِ باطِلٌ ؛ لأنَّ الوَصْفَ ليس قُرْبَةً ، ولتَمْييزِ الغَنِىِّ عليه . وعلى هذا ، هل يلْغُو الوَصْفُ ويَعُمُّ ، أو يلْغُو الوَقْفُ ، أو يُفرَّقُ بينَ أنْ يقِفَ ويَشْتَرِطَ ، أو يذْكُرَ الوَصْفَ ابْتِداءً ، فيُلْغَى فى الاشْتِراطِ ، ويصِحُّ الوَقْفُ ؟ يحْتَمِلُ أوْجُهًا . قالَه فى « الفائقِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، أبْطَلَ ابنُ عَقِيلٍ وَقْفَ السُّتورِ لغيرِ الكَعْبَةِ ؛ لأنَّه بِدْعَةٌ ، وصحَّحَه ابنُ الزَّاغُونِىِّ ، فيُصْرَفُ لمَصْلَحَةٍ . نَقَله ابنُ الصَّيْرَفِىِّ عنهما . وفى « فَتاوَى ابنِ الزَّاغُونِىِّ » ، المَعْصِيَةُ لا تنْعقِدُ . وأفْتَى أبو الخَطَّابِ بصِحَّتِه ، ويُنْفَقُ ثمَنُها على عِمارَتِه ولا يُسْتَرُ ؛ لأنَّ الكَعْبَةَ خُصَّتْ بذلك ، كالطَّوافِ . الثَّانيةُ ، يصِحُّ وَقْفُ عَبْدِه على حُجْرَةِ النَّبِىِّ ، ﷺ ؛ لإخراجِ تُرابِها ، وإشْعالِ قَنادِيلِها وإصْلاحِها ، لا لإشْعالِها وحْدَه ، وتَعْليقِ سُتُورِها الحريرِ ، والتَّعْليقِ ، وكَنْسِ الحائطِ ، ونحوِ ذلك . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » .

قوله : مُسْلِمِين كانُوا أو مِن أهلِ الذِّمَّةِ . يعنِى ، إذا وقَف على أقارِبِه مِن أهْلِ الذِّمَّةِ ، صحَّ . وهذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ قاطِبَةً .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قد يُقالُ : مفْهومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لا يصِحُّ الوَقْفُ على ذِمِّىٍّ ، غيرِ قَرابَتِه . وهذا أحدُ الوَجْهَين ، وهو مفْهومُ كلامِ جماعَةٍ ؛ منهم صاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، ومالَ إليه الزَّرْكَشِىُّ .

المقنع وَلَا يَصِحُّ عَلَى الْكَنَائِسِ ، وَبُيُوتِ النَّارِ ، وَكِتَابَةِ التَّوْرَاةِ وَالْإِنْجِيلِ .

الشرح الكبير **٢٥٦١** – مسألة : (ولا يَصِحُّ على الكَنائِسِ ، وبُيُوتِ النّارِ) والبِيَعِ (وكُتُبِ التَّوْراةِ والإِنْجِيلِ) لأنَّ ذلك مَعْصِيَةٌ ، فإنَّ هذه المَواضِعَ

الإنصاف وقيل : يصِحُّ على الذِّمِّىِّ ، وإنْ كان أجْنَبِيًّا مِنَ الواقِفِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُنْتَخَبِ » ، و « عُيونِ المَسائلِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفائقِ » : ويصِحُّ على ذِمِّىٍّ مِن أقارِبِه . نصَّ عليه وعلى غيرِه ، مِن مُعَيَّنٍ ، فى أصحِّ الوَجْهَين دُونَ الجِهَةِ . انتهى . وهو ظاهِرُ ماقطَع به الحارِثِىُّ . وأطْلَق الوَجْهَين فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال الحَلْوانِىُّ : يصِحُّ على الفُقَراءِ منهم دُونَ غيرِهم . وصحَّح فى « الواضِحِ » صِحَّةَ الوَقْفِ من ذِمِّىٍّ عليهم دُونَ غيرِه . الثَّانِى[1] ، قال الحارِثِىُّ : قال الأصحابُ : إنْ وقَف على مَن ينْزِلُ الكَنائسَ ، والبِيَعَ مِنَ المارَّةِ والمُجْتازِين ، صحَّ . قالوا : لأنَّ الوَقْفَ عليهم لا على البُقْعَةِ ، والصَّدَقَةُ عليهم جائزَةٌ وصالِحَةٌ للقُرْبَةِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . قال الحارِثِىُّ : إنْ خصَّ أهْلَ الذِّمَّةِ ، فوقَف على المارَّةِ منهم ، لم يصِحَّ . انتهى . وقال فى « الفُروعِ » : وفى « المُنْتَخَبِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، يصِحُّ على المارَّةِ بها منهم . يعْنِى ، مِن أهْلِ الذِّمَّةِ . وقالَه فى « المُغْنِى » ، فى بِناءِ بَيْتٍ يسْكُنُه المُجْتازُ منهم . و لم أرَ ما قال عنه صاحِبُ « الرِّعايَةِ » فيهما فى مَظِنَّتِه ، بل قال : ويصِحُّ منها على ذِمِّىٍّ بهما أو ينْزِلُهما ، أو يجْتازُ ؛ راجِلًا ، أو راكِبًا .

قوله : ولا يصِحُّ على الكَنائسِ وبُيوتِ النَّارِ . وكذا البِيَعُ . وهذا المذهبُ ، وعليه

---

(١) فى الأصل ، ط : « فائدة » .

الشرح الكبير

بُنِيَتْ للكُفْرِ ، وكُتُبُهم مُبَدَّلَةٌ مَنْسُوخَةٌ ، ولذلك غَضِبَ النبيُّ ﷺ على عُمَرَ حينَ رأى معه صَحِيفَةً فيها شيءٌ مِن التَّوْراةِ ، وقال : « أَفِي شَكٍّ أَنْتَ يَا ابْنَ الخَطَّابِ ؟ أَلَم آتِ بها بَيْضاءَ نَقِيَّةً ؟ لو كان أَخِي مُوسَى حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلَّا اتباعِي »[1] . ولولا أنَّ ذلك مَعْصِيَةٌ ما غَضِبَ منه . وحُكْمُ الوَقْفِ على قَنادِيلِ البِيعَةِ وفَرْشِها ومَن يَخْدِمُها ومَن يَعْمُرُها كالوَقْفِ عليها ؛ لأنَّه يُرادُ لتَعْظِيمِها . والمُسْلِمُ والذِّمِّيُّ في ذلك سواءٌ . قال أحمدُ ، في نَصارَى وَقَفُوا على البِيعَةِ ضِياعًا وماتُوا ، ولهم أبْناءٌ نَصارَى فأسْلَمُوا ، والضِّياعُ بيَدِ النَّصارَى : فلهم أخْذُها ، وللمُسْلِمين عَوْنُهم حتى يَسْتَخْرِجُوها مِن أيْدِيهم . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ . قال شيخُنا[2] : ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ؛ لأنَّ ما لا يَصِحُّ مِن المُسْلِمِ الوَقْفُ عليه ، لا يَصِحُّ وَقْفُ الذِّمِّيِّ ، كغيرِ

الإنصاف

الأصحابُ ، ونصَّ عليه في الكَنائسِ والبِيَعِ . وفي « المُوجَزِ » رِوايَةٌ ، يصِحُّ على الكَنِيسَةِ والبِيْعَةِ كمَارٍّ بهما .

فوائد ؛ الأُولَى ، الذِّمِّيُّ كالمُسْلِمِ في عدَمِ الصِّحَّةِ في ذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، فلا يصِحُّ وَقْفُ الذِّمِّيِّ على الكَنائسِ والبِيَعِ وبُيوتِ النَّارِ ، ونحوِهم ، ولا على مَصالحِ شيءٍ مِن ذلك ، كالمُسْلِمِ . نصَّ عليه ، وقطَع به الحارِثِيُّ وغيرُه . قال المُصَنِّفُ : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . وصحَّح في « الواضِحِ » وَقْفَ الذِّمِّيِّ على البِيْعَةِ

---

(١) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٨٧ . وبلفظ آخر أخرجه الدارمي ، في : باب ما يتقى من تفسير حديث النبي وقول غيره عند قوله ﷺ ، من المقدمة ، سنن الدارمي ١/١١٥ ، ١١٦ . وانظر إرواء الغليل ٦/٣٤ - ٣٨ .

(٢) في : المغني ٨/٢٣٥ .

الشرح الكبير

المُعَيَّنِ . فإن قِيلَ : فقد قُلْتُم : إنَّ أهْلَ الكِتابِ إذا عَقَدُوا عُقُودًا فاسِدَةً ، وتَقابَضُوا ، ثم أسْلَمُوا وتَرافَعُوا إلينا ، لم نَنْقُضْ ما فَعَلُوه ، فكيفَ أجَزْتُمُ الرُّجُوعَ فيما وَقَفُوه على كَنائِسِهم ؟ قُلْنا : الوَقْفُ ليس بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، إنَّما هو إزالَةُ مِلْكٍ فى المَوْقُوفِ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، فإذا لم يَقَعْ صَحِيحًا ، لم يَزُلِ المِلْكُ ، فبَقِيَ[1] بحالِه ، كالعِتْقِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن أشْهَدَ فى وَصِيَّتِه ، أنَّ غُلامَه فلانًا يَخْدِمُ البِيعَةَ خَمْسَ سِنِين ، ثم هو حُرٌّ ، ثم ماتَ مَوْلاه وخَدَم سَنَةً ، ثم أسْلَمَ ، ما عليه ؟ قال : هو حُرٌّ ، ويَرْجِعُ على الغُلامِ بأجْرِ خِدْمَتِه مَبْلَغَ أرْبعِ سِنِينَ . ورُوِىَ عنه ، قال : [٢١٥/٥ظ] هو حُرٌّ ساعةَ ماتَ مَوْلاه ؛ لأنَّ هذه مَعْصِيَةٌ . وهذه الرِّوايَةُ أصَحُّ وأوْفَقُ لأُصُولِه . ويَحْتَمِلُ أنَّ قَوْلَه : يَرْجِعُ عليه بخِدْمَتِه أرْبَعَ سِنِين . لم يكُنْ لصِحَّةِ الوَصِيَّةِ[2] ، بل لأنَّه إنَّما أعْتَقَه بعِوَضٍ يَعْتَقِدان صِحَّتَه ، فإذا تَعَذَّرَ العِوَضُ بإسْلامِه ، كان عليه ما يَقُومُ مَقامَه ، كما لو تَزَوَّجَ الذِّمِّىُّ ذِمِّيَّةً على ذلك ثم أسْلَمَ ، فإنَّه يَجِبُ عليه المَهْرُ ، كذا هٰهُنا يَجِبُ عليه العِوَضُ . والأوَّلُ أوْلَى .

الإنصاف

والكَنِيسَةِ . وتقدَّم كلامُه فى وَقْفِ الذِّمِّىِّ على الذِّمِّىِّ . الثَّانيَةُ ، الوَصِيَّةُ كالوَقْفِ فى ذلك كلِّه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : مِن كافرٍ . وقال فى « الانْتِصارِ » : لو نذَر الصَّدَقَةَ على ذِمِّيَّةٍ ، لَزِمَه . وذكَر فى

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « الوظيفة » .

المقنع

وَلَا عَلَى حَرْبِىٍّ ، وَلَا مُرْتَدٍّ .

الشرح الكبير

٢٥٦٢ – مسألة : (ولا) يَصِحُّ الوَقْفُ (على حَرْبِىٍّ ، ولا مُرْتَدٍّ) لأنَّ أمْوالَهم مُباحَةٌ فى الأصْلِ ، تجوزُ إزالَتُها ، فما يَتَجَدَّدُ لهم أوْلَى ، والوَقْفُ يَجِبُ أن يكونَ لازِمًا ؛ لأنَّه تَحْبِيسُ الأصْلِ .

الإنصاف

« المُذْهَبِ » وغيرِه ، يصِحُّ للكُلِّ ، وذكَرَه جماعَةٌ رِوايَةً . وذكَر القاضِى صِحَّتَها بحَصيرٍ وقَنادِيلَ . قال فى « التَّبْصِرَةِ » : إنْ وصَّى لما لا معْروفَ فيه ولا بِرَّ ؛ ككَنِيسَةٍ أو كَتْبِ التَّوْراةِ ، لم يصِحَّ . وعنه ، يصِحُّ . الثَّالثَةُ ، لو وقَف على ذِمِّىٍّ ، وشرَط اسْتِحْقاقَه ما دامَ كذلك ، فأسْلَمَ ، اسْتَحَقَّ ما كان يَسْتَحِقُّه قبلَ الإسْلامِ ، ولَغَى الشَّرْطُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وقطَع به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . وصحَّحَ ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » هذا الشَّرْطَ ، وقال : لأنَّه إذا وقَفَه على الذِّمَّةِ[1] مِن أهْلِه دُونَ المُسْلِمِ ، لم لا يجوزُ شَرْطٌ لهم حالَ الكُفْرِ ، وأىُّ فَرْقٍ ؟

قوله : ولا على حَرْبِىٍّ ، أو مُرْتَدٍّ . هذا المذهبُ [٢/٢٤٠و] ، وعليه الأصحابُ ، وأكثرُهم قطَع به ؛ منهم صاحِبُ « المُغْنِى » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وقال الحارِثِىُّ : هذا أحدُ الوَجْهَين . قال فى « المُجَرَّدِ » ، فى كِتابِ الوَصايا : إذا أوْصَى مُسْلِمٌ لأهْلِ قَرْيَتِه أو قَرابَتِه ، لم يتَناوَلْ كافِرَهم إلَّا بتَسْمِيَتِه . قال فى « المُحَرَّرِ » : والوَقْفُ كالوَصِيَّةِ فى ذلك كلِّه . قال الحارِثِىُّ : فصَحَّحه على الكافرِ القَرِيبِ والمُعَيَّنِ . قال : وهو الصَّحيحُ ، لكِنْ بشَرْطِ أنْ لا يكونَ مُقاتِلًا ، ولا مُخْرِجًا للمُسْلِمين مِن دِيارِهم ، ولا مُظاهِرًا للأعْداءِ[2] على الإخْراجِ . انتهى . وقوَّاه بأدِلَّةٍ كثيرَةٍ .

---

(١) فى ا : « الذمى » . والذمة هم المعاهدون ، مفردها الذم .
(٢) زيادة من : ا .

المقنع وَلَا يَصِحُّ عَلَى نَفْسِهِ ، فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٥٦٣** – مسألة : (ولا يَصِحُّ على نَفْسِه ، فى إحدى الرِّوايَتَيْن) فإن وَقَف على غيرِه ، واسْتَثْنَى الأَكْلَ منه مُدَّةَ حَياتِه ، صَحَّ . اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن وَقَف على نَفْسِه ، ثم على المَساكِين ، أو على وَلَدِه ، فقال فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ، وقد سُئِل عن هذا ، فقال : لا أعْرِفُ الوَقْفَ إلَّا ما أخْرَجَه للهِ تعالى أو فى سَبِيلِه ، فإذا وَقَفَه عليه حتى يَمُوتَ ، فلا أعْرِفُه . فعلى هذه الرِّوايَةِ يكونُ الوَقْفُ عليه باطِلًا . وهل يَبْطُلُ على مَن بعدَه ؟ على وَجْهَيْن ، بناءً على الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الابْتِداءِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكٌ للرَّقَبَةِ أو للمَنْفَعَةِ ، ولا يجوزُ أن يُمَلِّكَ الإنْسانُ نَفْسَه مِن نَفْسِه ، كما لا يجوزُ أن يَبِيعَ مالَه مِن نَفْسِه ، ولأنَّ الوَقْفَ على نَفْسِه إنَّما حاصِلُه مَنْعُ نَفْسِه مِن التَّصرُّفِ فى رَقَبَةِ المِلْكِ ،

الإنصاف قوله : ولا يصِحُّ على نَفْسِه ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . قال فى « الفُصولِ » : هذه الرِّوايَةُ أصحُّ . قال الشَّارِحُ : هذا أقْيَسُ . قال فى « الرِّعايتَيْن » : ولا يصِحُّ على نفْسِه ، على الأصحِّ . قال الحارِثِىُّ : وهذا الأصحُّ عندَ أبى الخَطَّابِ ، وابنِ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفِ . وقطَع به ابنُ أبِى مُوسى فى « الإرْشادِ » ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ فى « المُبْهِجِ » ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . نقَل حَنْبَلٌ ، وأبو طالِبٍ ، ماسَمِعْتُ بهذا ، ولا أعْرِفُ الوَقْفَ إلَّا ما أخْرَجَه للهِ تعالَى . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، يصِحُّ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ إسْحاقَ بنِ إبراهِيمَ ،

الشرح الكبير

فلم يَصِحَّ ذلك ، كما لو أفْرَدَه بأن يقولَ : لا أبيعُ هذا ولا أهَبُه ولا أُوَرِّثُه . ونَقَل جَماعَةٌ أنَّ الوَقْفَ صَحِيحٌ ، اخْتارَه ابنُ أبى موسى . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهى أصَحُّ . وهو قولُ ابنِ أبى لَيْلَى ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وأبى يُوسُفَ ، وابنِ سُرَيْجٍ (١) ؛ لِما نَذْكُرُه فى المَسألةِ بعدَها ، ولأنَّه يَصِحُّ أن يَقِفَ وَقْفًا عامًّا فيَنْتَفِعَ به ، كذلك إذا خَصَّ نَفْسَه بانْتِفاعِه . والأوّلُ أقْيَسُ .

الإنصاف

ويُوسُفَ بنِ مُوسى ، والفَضْلِ بنِ زِيادٍ . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : صحَّ فى ظاهرِ المذهبِ . قال الحارِثِيُّ : هذا هو الصَّحِيحُ . قال أبو المَعالِى فى « النِّهايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » : يصِحُّ على الأصحِّ . قال النَّاظِمُ : يجوزُ على المَنْصُورِ مِنَ نصِّ أحمدَ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . قال فى « الفائقِ » : وهو المُخْتارُ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، ومالَ إليه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهادِى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه المَجْدُ فى مُسَوَّدَتِه على « الهِدايَةِ » ، وقال : نصَّ عليه . قال المُصَنِّفُ ، وتبِعَه الشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » : اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى . وقال ابنُ عَقِيلٍ : هى أصحُّ . قلتُ : الذى رأيْتُه فى « الإرْشادِ » ، و « الفُصولِ » ، ما ذكَرْتُه آنِفًا . ولم يذْكُرِ المَسْألَةَ فى « التَّذْكِرَةِ » ، فلعَلَّهما اخْتاراه فى غيرِ ذلك ، لكِنَّ عِبارَته فى « الفُصولِ » مُوهِمَةٌ . قلتُ : وهذه الرِّوايَةُ عليها العمَلُ فى زَمانِنا وقبلَه ، عندَ حُكَّامِنا مِن أزْمِنَةٍ مُتَطاوِلَةٍ . وهو الصَّوابُ ، وفيه مصْلَحَةٌ عَظيمَةٌ ، وتَرْغيبٌ فى فِعْلِ الخَيْرِ ، وهو مِن مَحاسِنِ المذهبِ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « البُلْغَةِ » ،

(١) فى را ، م : « شريح » .

المقنع وَإِنْ وَقَفَ عَلَى غَيْرِهِ وَاسْتَثْنَى الْأَكْلَ مِنْهُ مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، صَحَّ .

الشرح الكبير **فصل** : ومَن وَقَف وَقْفًا صَحِيحًا على إنْسانٍ ، فقد صارَتْ مَنافِعُه جَمِيعُها للمَوْقُوفِ عليه ، وزالَ مِلْكُه عن الواقِفِ ، ومِلْكُ مَنافِعِه ، فلم يَجُزْ أن يَنْتَفِعَ بشيءٍ منها . فأمّا إن وَقَف شيئًا للمسلمين ، دَخَل فى جُمْلَتِهم ؛ مثلَ أن يَقِفَ مَسْجِدًا ، فله أن يُصَلِّىَ فيه ، أو مَقْبَرَةً ، فله الدَّفْنُ فيها ، أو بِئْرًا للمسلمين ، فله أن يَسْتَقِىَ منها ، أو سِقايَةً ، أو شيئًا يَعُمُّ المسلمين ، فيكونُ كأحَدِهم . لا نَعْلَمُ [٢١٦/٥و] فى ذلك خِلافًا . وقد رُوِىَ عن عُثْمانَ بن عَفّانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه سَبَّلَ بِئْرَ رُومَةَ ، وكان دَلْوُه فيها كدِلاءِ المُسْلِمِين[1] .

٢٥٦٤ – مسألة : (وإن وَقَف على غيرِه واسْتَثْنَى الأكْلَ منه مُدَّةَ

الإنصاف و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » . فعلى المذهبِ ، هل يصِحُّ على مَن بعدَه ؟ على وَجْهَين ؛ بناءً على الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الابْتِداءِ ، على ما يأْتِى ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . قال الحارِثِىُّ : ويحْسُنُ بِناؤُه على الوَقْفِ المُعَلَّقِ .

فائدة : إذا حكَم به حاكِمٌ ، حيثُ يجوزُ له الحُكْمُ ، فقال فى « الفُروعِ » : ظاهِرُ كلامِهم ينْفُذُ الحُكْمُ ظاهِرًا ، وفيه فى الباطِنِ الخِلافُ ، وفى « فَتاوَى ابنِ الصَّلاحِ » ، إذا حكَم به حَنَفِىٌّ ، وأنْفَذَه شافِعِىٌّ ، للواقِفِ نَقْضُه ، إذا لم يَكُنِ الصَّحيحَ مِن مذهبِ أبِى حَنِيفَةَ ، وإلَّا جازَ نَقْضُه فى الباطِنِ فقط ، بخِلافِ صلاتِه فى المَسْجِدِ وحدَه حياتَه ؛ لعدَمِ القُرْبَةِ والفائدَةِ فيه ، ذكَرَها ابنُ شِهابٍ وغيرُه .

قوله : وإنْ وقَف على غيرِه ، واسْتَثْنَى الأكْلَ منه مُدَّةَ حَياتِه ، صحَّ . هذا

(١) تقدم تخريجه فى ٨٢/١١ . ويضاف إليه : ووصله البخارى ، فى : باب إذا وقف أرضا أو بئرًا ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ١٥/٤ .

الشرح الكبير

حَياتِه ، صَحَّ) إذا وَقَف وَقْفًا على غيرِه ، وشَرَط أن يُنْفِقَ منه على نَفْسِه ، صَحَّ الوَقْفُ والشَّرْطُ . نَصَّ عليه أحمدُ . قال الأَثْرَمُ : قِيل لأبى عبدِ اللهِ : أشْتَرِطُ فى الوَقْفِ أنِّى أُنْفِقُ على نَفْسِى وأَهْلِى ؟ قال : نعم . واحْتَجَّ ، قال : سَمِعْتُ ابنَ عُيَيْنَةَ ، عن ابنِ طاوُسٍ ، عن أبيه ، عن حُجْرٍ المَدَرِىِّ[1] أنَّ فى صَدَقَةِ رسولِ اللهِ ﷺ أن يَأْكُلَ أهْلُه منها بالمَعْرُوفِ غيرِ المُنْكَرِ . قال القاضى : يَصِحُّ الوَقْفُ ، رِوايةً واحِدَةً ؛ لأنَّ أحمدَ نَصَّ عليها فى رِوايةِ جَماعَةٍ . وبذلك قال ابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو يُوسُفَ ، والزُّبَيْرِىُّ ، وابنُ سُرَيْجٍ ، وقال مالِكٌ ، والشافعىُّ ، ومحمدُ بنُ الحَسَنِ : لا يَصِحُّ الوَقْفُ ؛ لأنَّه إزالَةُ المِلْكِ ، فلم يَجُزِ اشْتِراطُ نَفْعِه لنَفْسِه ، كالبَيْعِ والهِبَةِ ، وكما لو أعْتَقَ عَبْدًا واشْتَرَطَ أن يَخْدِمَه ، ولأنَّ ما يُنْفِقُه على نَفْسِه مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُه ، كما لو باعَ شيئًا واشْتَرَطَ أن يَنْتَفِعَ به . ولَنا ،

الإنصاف

المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « ابنِ مُنَجَّى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و« الوَجيزِ »، و« القَواعِدِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ »، و « الرِّعايَةِ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ لوِ اسْتَثْنَى الأَكْلَ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، وكذا لوِ اسْتَثْنَى الأَكْلَ والانْتِفاعَ لأهْلِه ، أو يُطْعِمَ صَديقَه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم . قال فى « الفُروعِ » : ويصِحُّ شرْطُ غَلَّتِه له أو لوَلَدِه مُدَّةَ حَياتِه ، فى

(١) قال ابن حجر فى الإصابة ٢/٢٠٧ : أرسل حديثا فأخرجه بقى بن مخلد فى الصحابة ، وهو وهم .

الشرح الكبير

الخَبَرُ[1] الذى ذَكَرَه الإمامُ أحمدُ ، ولأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لَمّا وَقَف ، قال : لا بَأْسَ على مَن وَلِيَها أن يَأْكُلَ منها ، أو يُطْعِمَ صَدِيقًا ، غيرَ مُتَمَوِّلٍ منه[2] . وكان الوَقْفُ فى يَدِه إلى أن مات . ولأنَّه إذا وَقَف وَقْفًا عامًّا ؛ كالمَساجِدِ ، والسِّقاياتِ ، والمَقابِرِ ، كان له الانْتِفاعُ به ، فكذلك هٰهُنا . ولا فَرْقَ بينَ أن يَشْتَرِطَ لنَفسِه الانْتِفاعَ به مُدَّةَ حَياتِه ، أو مُدَّةً مَعْلُومَةً مُعَيَّنَةً ، وسواءٌ قَدَّرَ ما يَأْكُلُ منه ، أو أطْلَقَه ، فإنَّ عُمَرَ لم يُقَدِّرْ ما يَأْكُلُه الوالِى ويُطْعِمُ إلَّا بقَوْلِه : بالمَعْرُوفِ . وفى حديثِ صَدَقَةِ رسولِ اللهِ ﷺ ، أنه شَرَط أن يَأْكُلَ أهْلُه منها بالمَعْرُوفِ غيرِ المُنْكَرِ . إلَّا أنَّه إذا شَرَط أن يَنْتَفِعَ بها مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، فمات فيها ، فيَنْبَغِى أن يكونَ ذلك لوَرَثَتِه ، كما لو باعَ دارًا واشْتَرَطَ أن يَسْكُنَها سَنَةً فمات فى أثْنائِها .

الإنصاف

المَنْصوصِ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وكذلك إنْ شرَط لأوْلادِه أو لبعضِهم سُكْنَى الوَقْفِ مُدَّةَ حَياتِهم ، جازَ . وقيل : لايصِحُّ ، إذا شرَط الانْتِفاعَ لأهْلِه ، أو شرَط السُّكْنَى لأوْلادِه أو لبعضِهم . ذكَرَه فى « الفائقِ » وغيرِه . فعلى المذهبِ ، لوِ اسْتَثْنَى الانْتِفاعَ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، فماتَ فى أثْنائِها ، فقال فى « المُغْنِى »[3] : ينبَغِى أنْ يكونَ ذلك لوَرَثَتِه ، كما لو باعَ دارًا واسْتَثْنَى لنَفْسِه السُّكْنَى مُدَّةً ، فماتَ فى أثْنائِها . واقْتَصَرَ عليه الحارِثِىُّ . وعلى المذهبِ أيضًا ، يجوزُ إيجارُها للمَوْقُوفِ عليه ولغيرِه . الثَّانيةُ ، لو وقَف على الفُقَراءِ ، ثم افْتَقَرَ ، أُبيحَ له التَّناوُلُ منه . على الصَّحيحِ

---

(١) فى م : « أن الخبر » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٦٢ .

(٣) المغنى ١٩٢/٨ .

الشرح الكبير

فصل : ويَصِحُّ أن يَشْتَرِطَ أن يَأْكُلَ منها أهْلُه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ شَرَط ذلك فى صَدَقَتِه . وإن شَرَط أن يَأْكُلَ منه مَن وَلِيَه ويُطْعِمَ صَدِيقًا ، صَحَّ ؛ لأنَّ عُمَرَ شَرَط ذلك فى صَدَقَتِه التى اسْتَأْمَرَ فيها [٢١٦/٥ظ] رسولَ اللهِ ﷺ . فإن وَلِيَها الواقِفُ ، كان له أن يَأْكُلَ ويُطْعِمَ صَدِيقًا ؛ لأنَّ عُمَرَ وَلِىَ صَدَقَتَه . وإن وَلِيَها أحَدٌ مِن أهْلِه ، فله ذلك ؛ لأنَّ حَفْصَةَ بِنْتَ عُمَرَ كانت تَلِى صَدَقَتَه بعدَ مَوْتِه ، ثم وَلِيَها بعدَها عبدُ اللهِ بنُ عُمَرَ[1] .

فصل : فإنِ اشْتَرَطَ أن يَبِيعَه متى شاءَ ، أو يَهَبَه ، أو يَرْجِعَ فيه ، بَطَل الوَقْفُ والشَّرْطُ . لا نَعْلَمُ فى بُطْلانِ الشَّرْطِ خِلافًا ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى الوَقْفِ . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ الشَّرْطُ ويَصِحَّ الوَقْفُ ، بِناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . وإن شَرَط الخِيارَ فى الوَقْفِ ، فَسَد . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو يُوسُفَ فى رِوايةٍ عنه : يَصِحُّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكُ المَنافِعِ ، فجاز شَرْطُ الخِيارِ فيه ، كالإِجارَةِ . ولَنا ، أنَّه شَرْطٌ يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَط أنَّ له بَيْعَه متى شاءَ ، ولأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ للهِ تعالى ، فلم يَصِحَّ شَرْطُ الخِيارِ فيه ، كالعِتْقِ ، ولأنَّه ليس بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُ الخِيارِ فيه ، كالهِبَةِ ، بخِلافِ الإِجارَةِ ، فإنَّها عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، وههُنا لو ثَبَت الخِيارُ لَثَبَتَ مع ثُبُوتِ حُكْمِ الوَقْفِ ، فافْتَرَقا .

الإنصاف

مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ . قال فى

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/١٦١ ، وفيه : « الأكابر من آل عمر » ، وليس : « عبد الله بن عمر » .

الشرح الكبير

فصل : وإن شَرَط فى الوَقْفِ أن يُخْرِجَ مَن شاءَ مِن أهْلِ الوَقْفِ ، ويُدْخِلَ مَن شاءَ مِن غيرِهم ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه شَرْطٌ يُنافِى مُقْتَضَى الوَقْفِ ، فأفْسَدَه ، كما لو شَرَط أن لا يَنْتَفِعَ به . فأمّا إن شَرَط للنّاظِرِ أن يُعْطِىَ مَن يَشاءُ مِن أهْلِ الوَقْفِ ، ويَمْنَعَ مَن يشاءُ ، جاز ؛ لأنَّ ذلك ليس بإخْراجٍ للمَوْقُوفِ عليه مِن الوَقْفِ ، وإنَّما عَلَّقَ اسْتِحْقاقَ الوَقْفِ بصِفَةٍ ، فكأنَّه جَعَل له حَقًّا فى الوَقْفِ إذا اتَّصَفَ بإرادةِ النّاظِرِ عَطِيَّته ، ولم يَجْعَلْ له حَقًّا إذا انتَفتْ تلك الصِّفَةُ فيه ، فأشْبَهَ ما لو وَقَفَه على المُشْتَغِلِين بالعِلْمِ مِن وَلَدِه ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ منهم مَن اشْتَغلَ دُونَ مَن لم يَشْتَغِلْ ، فمتى تَرَكَ المُشْتَغِلُ الاشْتِغالَ ، زالَ اسْتِحْقاقُه ، فإن عاد إليه عاد اسْتِحْقاقُه .

فصل : إذا جَعَل عُلْوَ دارِه مَسْجِدًا دُونَ أسْفَلِها ، أو أسْفَلَها دُونَ عُلْوِها ، صَحَّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المَسْجِدَ يَتْبَعُه هَواؤُه . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ بَيْعُها كذلك ، فصَحَّ وَقْفُها ، كالدّارِ جَمِيعِها ، ولأنَّه تَصَرُّفٌ يُزِيلُ المِلْكَ إلى مَن يَثْبُتُ له حَقُّ الاسْتِقْرارِ والتَّصَرُّفِ ، فجاز فيما ذكَرْنا ، كالبَيْعِ . [٥/٢١٧و]

فصل : فإن جَعَل وَسَطَ دارِه مَسْجِدًا ، ولم يَذْكُرْ الاسْتِطْراقَ ، صَحَّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ الاسْتِطْراقَ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ يُبِيحُ الانْتِفاعَ ، مِن ضَرُورَتِه الاسْتِطْراقُ ، فصَحَّ وإن لم يَذْكُرْه ، كما لو أجَرَ بَيْتًا مِن دارِه .

الإنصاف

« التَّلْخيصِ » : هذا ظاهِرُ كلامِ أصحابِنا . قال الحارِثِىُّ : هذا الصَّحيحُ . قال فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » : شَمِلَه فى الأصحِّ . قال فى « القَواعِدِ

المقنع

الثَّالِثُ ، أَنْ يَقِفَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . وَلَا يَصِحُّ عَلَى مَجْهُولٍ ؛ كَرَجُلٍ [١٥٣ظ] وَمَسْجِدٍ ، ....

الشرح الكبير

٢٥٦٥ – مسألة : (الثالثُ ، أن يَقِفَه على مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . ولا يَصِحُّ على مَجْهُولٍ ؛ كرجلٍ ، ومَسْجِدٍ) لأَنَّه تَمْلِيكٌ ، أَشْبَهَ البَيْعَ ، ولأَنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكٌ للعَيْنِ أو للمَنْفَعَةِ ، فلا يَصِحُّ على غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالإِجارَةِ .

الإنصاف

الأُصُولِيَّةِ » ، و « الفِقْهِيَّةِ » : يدْخُلُ ، على الأصحِّ ، فى المذهبِ . وقيل : لا يُباحُ له ذلك . وهو احْتِمالٌ فى « التَّلْخيصِ » . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : والظَّاهِرُ أنَّ محَلَّ الخِلافِ فى دُخولِه إذا افْتقرَ ، على قَوْلِنا بأنَّ الوَقْفَ على النَّفْسِ يصِحُّ . وأمَّا على القَوْلِ بأَنَّه لا يصِحُّ ، فلا يدْخُلُ فى العُمومِ ، إذا افْتَقرَ جَزْمًا ؛ لأنَّه لا يُتَناوَلُ بالخُصوصِ [٢/٢٤٠ظ] ، فلا يُتَناوَلُ بالعُمومِ بطَريقِ الأَوْلَى . وأمَّا إذا وقَف دارَه مَسْجِدًا ، أو أرْضَه مقْبَرَةً ، أو بِئْرَه ؛ لِيَسْتَقِىَ منها المُسْلِمُون ، أو بنَى مدْرَسَةً لعُمومِ الفُقَهاءِ أو لطائفَةٍ منهم ، أو رِباطًا للصُّوفِيَّةِ ، ونحوَ ذلك ممَّا يعُمُّ ، فله الانْتِفاعُ كغيرِه . قال الحارِثِىُّ : له ذلك مِن غيرِ خِلافٍ .

قوله : الثَّالِثُ ، أَنْ يَقِفَ على مُعَيَّنٍ يَملِكُ ، ولا يَصِحُّ على مَجْهُولٍ ؛ كرَجُلٍ ، ومَسْجِدٍ . بلا نِزاعٍ . وكذا لا يصِحُّ لو كان مُبْهَمًا ، كأَحَدِ هذيْن الرَّجُلَيْن . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جَماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : يصِحُّ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » احْتِمالًا . وقيل : يصِحُّ ، إنْ قُلْنا : لا يفْتَقِرُ الوَقْفُ إلى قَبُولٍ . مُخَرَّجٌ مِن وَقْفِ إحْدَى الدَّارَيْن . وهو احْتِمالٌ فى « التَّلْخيصِ » . فعلى الصِّحَّةِ ، يخرجُ المُبْهَمُ بالقُرْعَةِ . قالَه فى « الرِّعايتَيْن » . قلتُ : وهو مُرادُ مَن يقولُ بذلك . وتقدَّم نظِيرُه فيما إذا وقَف أحَدَ هذَيْن .

المقنع وَلَا عَلَى حَيَوَانٍ لَا يَمْلِكُ ؛ كَالْعَبْدِ ، وَالْحَمْلِ ، والمَلَكِ ، وَالْبَهِيمَةِ .

الشرح الكبير **٢٥٦٦** - مسألة : (ولا) يَصِحُّ (على حَيوانٍ لا يَمْلِكُ ؛ كالعَبْدِ) القِنِّ ، وأُمِّ الوَلَدِ ، والمُدَبَّرِ ، والمَيِّتِ (والحَمْلِ ، والمَلَكِ ، والبَهِيمَةِ) والجِنِّ . قال أحمدُ فى مَن وَقَف على مَمالِيكِه : لا يَصِحُّ الوَقْفُ حتى يُعْتِقَهم . وذلك لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكٌ ، فلا يَصِحُّ على مَن لا يَمْلِكُ . فإن قِيل : فقد جَوَّزْتُمُ الوَقْفَ على المَساجِدِ والسِّقاياتِ وأشْباهِها ، وهى لا تَمْلِكُ . قُلْنا : الوَقْفُ هناك على المُسْلِمِين ، إلَّا أنَّه عُيِّنَ فى نَفْعٍ خاصٍّ

الإنصاف قوله : ولا على حَيَوانٍ لا يَمْلِكُ ، كالعَبْدِ . لا يصِحُّ الوَقْفُ على العَبْدِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ مُطْلَقًا ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : الأكْثَرون على أنَّه لا يصِحُّ الوَقْفُ على العَبْدِ ، على الرِّوايتَيْن ؛ لضَعْفِ مِلْكِه . وجزَم به فى « المُغْنِى » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يصِحُّ ، إنْ قُلْنا : يمْلِكُ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، حيثُ اشْتَرطَ لعدَمِ الصِّحَّةِ عدَمَ المِلْكِ . قال فى « الرِّعايَةِ » : ويكونُ لسَيِّدِه . وقيل : يصِحُّ الوَقْفُ[1] عليه ؛ سواءٌ قُلنا : يمْلِكُ . أو لا . ويكونُ لسيِّدِه . واخْتارَه الحارِثِىُّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لا يصِحُّ الوَقْفُ على أُمِّ الوَلَدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . واخْتارَ الحارِثِىُّ الصِّحَّةَ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يصِحُّ الوَقْفُ على أُمِّ وَلَدِه بعدَ مَوْتِه ، وإنْ وقَف على غيرِها ، على أنْ يُنْفِقَ عليها مُدَّةَ حياتِه ، أو يكونَ الرَّيْعُ لها مُدَّةَ حياتِه ، صحَّ ؛ فإنَّ اسْتِثْناءَ المَنْفَعَةِ لأُمِّ وَلَدِه كاسْتِثْنائِها لنَفْسِه .

---

(١) زيادة من : ا.

الشرح الكبير

لهم . فإن قِيلَ : فيَنْبَغِي أن يَصِحَّ الوَقْفُ على الكَنائِسِ ، ويكونَ الوَقْفُ على أهْلِ الذِّمَّةِ ، والوَقْفُ عليهم جائِزٌ . قُلْنا : على الجِهَةِ التى عُيِّنَ صَرْفُ الوَقْفِ فيها ليست نَفْعًا ، بل هى مَعْصِيَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، يَزْدادُون بها عِقابًا وإثْمًا ،

الإنصاف

وإنْ وقَف عليها مُطْلَقًا ، فيَنْبَغِى أنْ يُقالَ : إنْ صحَّحْنا الوَقْفَ على النَّفْسِ ، صحَّ . لأنَّ مِلْكَ أُمِّ وَلَدِه أكثرُ ما يكونُ بمَنْزِلَةِ مِلْكِه . وإنْ لم نُصَحِّحْه ، فيتَوَجَّهُ أنْ يُقالَ : هو كالوَقْفِ على العَبْدِ القِنِّ . ويتَوَجَّهُ الفَرْقُ بأنَّ أُمَّ الوَلَدِ لا تَمْلِكُ بحالٍ . وفيه نظَرٌ . وقد يُخرَّجُ على مِلْكِ العَبْدِ بالتَّمْليكِ ؛ فإنَّ هذا نَوْعُ تَمْليكٍ لأُمِّ وَلَدِه ، بخِلافِ العَبْدِ القِنِّ ؛ فإنَّه قد يخْرُجُ عن مِلْكِه ، فيكونُ مِلْكًا لعَبْدِ الغيرِ . وإذا ماتَ السَّيِّدُ ، فقد تُخَرَّجُ هذه المَسْأَلَةُ على مَسْأَلَةِ تفْريقِ الصَّفْقَةِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ على أُمِّ الوَلَدِ يعُمُّ حالَ رِقِّها وعِتْقِها ، فإذا لم يصِحَّ فى إحْدَى الحالَيْن ، خُرِّجَ فى الحالِ الأُخْرَى وَجْهان ، وإنْ قُلْنا : إنَّ الوَقْفَ المُنْقَطِعَ الابْتِداءِ يصِحُّ . فيَجِبُ أنْ يُقالَ ذلك ، وإنْ قُلْنا : لا يصِحُّ . فهذا كذلك . انتهى . الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ الوقْفُ على المُكاتَبِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ »، و « التَّلْخيصِ »، و « البُلْغَةِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وقيل : يصِحُّ . ويَحْتَمِلُه مفْهومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وقد يَشْمَلُه قوْلُه : أنْ يَقِفَ على مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ . واخْتارَه الحارِثِىُّ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، وغيرِهم .

قوله : والحَمْلِ . يعْنِى ، لا يصِحُّ الوَقْفُ عليه[1] . وهذا المذهبُ ، وعليه

---

(١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

بخِلافِ المَساجِدِ . فإن قِيل : فلِمَ لا يَصِحُّ الوَقْفُ على العَبْدِ إذا قلنا : إنَّه يَمْلِكُ بالتَّمْليكِ ؟ قلنا : لأنَّ الوَقْفَ يَقْتَضِى تَحْبِيسَ الأصْلِ ، والعَبْدَ لا يَمْلِكُ مِلْكًا لازِمًا . ولا يَصِحُّ على المُكاتَبِ وإن كان يَمْلِكُ ؛ لأنَّ مِلْكَه غيرُ مُسْتَقِرٍّ .

الإنصاف

جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ ؛ منهم ابنُ حَمْدانَ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، و« الوَجيزِ »، و« الهِدايَةِ »، و« المُذْهَبِ »، و« المُسْتَوْعِبِ »، و« الخُلاصَةِ »، وغيرِهم . وصحَّح ابنُ عَقِيلٍ جَوازَ الوَقْفِ على الحَمْلِ ابْتِداءً ، واخْتارَه الحارِثِىُّ . قال فى « الفُروعِ » : ولا يصِحُّ على حَمْلٍ ؛ بِناءً على أنَّه تَمْليكٌ إذَنْ ، وأنَّه لا يَمْلِكُ . وفيهما نِزاعٌ .

تنبيه : إيرادُ المُصَنِّفِ فى مَنْعِ الوَقْفِ على الحَمْلِ ، يخْتَصُّ بما إذا كان الحَمْلُ أصْلًا فى الوَقْفِ . أمَّا إذا كان تبَعًا ؛ بأنْ وقَف على أوْلادِه ، أو أوْلادِ فُلانٍ ، وفيهم حَمْلٌ ، أوِ انْتقَلَ إلى بَطْنٍ ، وفيهم حَمْلٌ ، فيَصِحُّ بلا نِزاعٍ ، لكِنْ لا يُشارِكُهم قبلَ وِلادَتِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والثَّمانِين » : هو قوْلُ القاضى ، والأكْثَرِين . وجزَم به الحارِثِىُّ وغيرُه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يثْبُتُ له اسْتِحْقاقُ الوَقْفِ فى حالِ كَوْنِه حَمْلًا ، حتى صحَّح الوَقْفَ على الحَمْلِ ابْتِداءً ، كما تقدَّم . وأفْتَى الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ باسْتِحْقاقِ الحَمْلِ مِنَ الوَقْفِ أيضًا .

فائدة : لو قال : وَقَفْتُ على مَن سَيُولَدُ لى . أو : مَن سيُولَدُ لفُلانٍ . لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به القاضى فى « خِلافِه » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وصحَّحه المُصَنِّفُ فى

المقنع

الرَّابِعُ ، أَنْ يَقِفَ نَاجِزًا ، فَإِنْ عَلَّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : هُوَ وَقْفٌ بَعْدَ مَوْتِى . فَيَصِحُّ فِى قَوْلِ الْخِرَقِىِّ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَصِحُّ .

الشرح الكبير

٢٥٦٧ – مسألة : (الرابع ، أن يَقِفَ ناجزًا ، فإذا عَلَّقَه على شَرْطٍ ، لم يَصِحَّ ، إلَّا أن يقولَ : هو وَقْفٌ بعدَ مَوْتِى . فيَصِحُّ فى قَوْلِ الخِرَقِىِّ . وعندَ أبى الخَطّابِ ، لا يَصِحُّ) لا يَصِحُّ تَعْلِيقُ ابْتِداءِ الوَقْفِ على شَرْطٍ فى الحَياةِ ، مثلَ أن يقولَ : إذا جاء رَأْسُ الشَّهْرِ فدارِى وَقْفٌ – أو – فَرَسِى حَبِيسٌ – أو – إذا وُلِدَ لِى وَلَدٌ – أو – إذا قَدِمَ غائِبٌ . ونحوُ ذلك . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا ؛ لأنَّه نَقْلٌ للمِلْكِ فيما لم يُبْنَ على التَّغْلِيبِ والسِّرايَةِ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ فى الحَياةِ ، كالهِبَةِ .

الإنصاف

« المُغْنِى » وغيرِه . وذكَرَه المُصَنِّفُ فى مَسْأَلَةِ الوَصِيَّةِ لمَن تَحْمِلُ هذه المَرْأَةُ . وقال المَجْدُ : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، صِحَّتُه . ورَدَّه ابنُ رَجَبٍ .

قوله : والبَهِيمَةِ . يعْنِى ، لايصِحُّ الوَقْفُ عليها . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . واخْتارَ الحارِثِىُّ الصِّحَّةَ ، وقال : وهو الأَظْهَرُ عندِى . كما فى الوَقْفِ على القَنْطَرَةِ ، والسِّقايَةِ ، ويُنْفَقُ عليها .

قوله : الرَّابعُ ، أَنْ يَقِفَ ناجِزًا ، فإنْ عَلَّقَه على شَرْطٍ ، لم يَصِحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . [٢٤١/٢و] . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يصِحُّ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، والحارِثِىُّ ، وقال : الصِّحَّةُ أظْهَرُ . ونصَرَه . وقال ابنُ حَمْدانَ ، مِن عندِه : إنْ قيلَ : المِلْكُ للهِ تعالَى . صحَّ التَّعْليقُ ، وإلَّا فلا .

الشرح الكبير

فصل : فأما إذا قال : هو وَقْفٌ بعدَ مَوْتِى . فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يَصِحُّ ، ويُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ ، كسائرِ الوَصايا . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . وقال القاضى : لا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ للوَقْفِ على شَرْطٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَلَّقَه على شَرْطٍ فى حَياتِه . وحَمَلَ [٥/٢١٧ظ] كلامَ الخِرَقِىِّ على أنَّه قال : قِفُوا بعدَ مَوْتِى . فيكونُ وَصِيَّةً بالوَقْفِ لا إيقافًا . ولَنا على صِحَّةِ الوَقْفِ المُعَلَّقِ بالمَوْتِ ، ما احْتَجَّ به أحمدُ ، أنَّ عُمَرَ أوْصَى ، فكان فى وَصِيَّتِه : هذا ما أوْصَى به عبدُ اللهِ عُمَرُ أميرُ المُؤْمِنِين إن حَدَث به حَدَثٌ ، أنَّ ثَمْغًا[1] صَدَقَةٌ ، والعَبْدَ الذى فيه ، والسَّهْمَ الذى بخَيْبَرَ ، ورَقِيقَه الذى

الإنصاف

قوله : إلَّا أنْ يقولَ : هو وَقْفٌ مِن بعدِ مَوْتِى ، فيَصِحَّ فى قَوْلِ الخِرَقِىِّ . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه الصَّغِيرِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وغيرُهم . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو ظاهِرُ كَلامِ أحمدَ . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . قال فى « القَواعِدِ » : وهو أصَحُّ ؛ لأنَّها وَصِيَّةٌ ، والوَصايا تقْبَلُ التَّعْليقَ . وقال أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » : لا يصِحُّ . واخْتارَه ابنُ البَنَّا ، والقاضى ، وحمَل كلامَ الخِرَقِىِّ على أنَّه قال : قِفُوا بعدَ مَوْتِى . فيكونُ وَصِيَّةً بالوَقْفِ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » . فعلى المذهبِ ، يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ .

(١) ثمغ : أرض تلقاء المدينة كانت لعمر بن الخطاب رضى الله عنه .

الشرح الكبير

فيه ، والمائةَ وَسْقٍ الذى أطْعَمَنِى محمدٌ ﷺ ، تَلِيه حَفْصَةُ ما عاشَتْ ، ثم تَلِيه ذُو الرَّأْىِ مِن أهْلِه ، لا يُباعُ ولا يُشْتَرَى ، يُنْفِقُه حيثُ ؛ يَرَى مِن السائِلِ ، والمَحْرُومِ ، وذَوِى القُرْبَى ، ولا حَرَجَ على مَن وَلِيَه إن أكَلَ

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، قال الحارِثِىُّ : كلامُ الأصحابِ يقْتَضِى أنَّ الوَقْفَ المُعَلَّقَ على المَوْتِ ، أو على شرْطٍ فى الحَياةِ ، لا يقَعُ لازِمًا قبلَ وُجودِ المُعَلَّقِ عليه ؛ لأنَّ ما هو مُعَلَّقٌ بالمَوْتِ وَصِيَّةٌ ، والوَصِيَّةُ ، فى قوْلِهم ، لاتَلْزَمُ قبلَ المَوْتِ ، والمُعَلَّقُ على شرْطٍ فى الحياةِ فى مَعْناها ، فيَثْبُتُ فيه مِثْلُ حُكْمِها فى ذلك . قال : والمَنْصوصُ عن أحمدَ فى المُعَلَّقِ على الموتِ ، هو اللُّزومُ . قال المَيْمُونِىُّ فى « كِتابه » : سأَلْتُه عن الرَّجُلِ يُوقِفُ على أهْلِ بَيْتِه ، أو على المَساكِينِ بعدَه ، فاحْتاجَ إليها ، أيَبِيعُ على قِصَّةِ المُدبَّرِ ؟ فابْتدأَنِى أبو عَبْدِ اللهِ بالكَراهَةِ لذلك ، فقال : الوُقوفُ إنَّما كانتْ مِن أصحابِ النَّبِىِّ ، ﷺ ، على أنْ لا يَبِيعُوا ولا يهَبُوا . قلتُ : فمَن شبَّهَه وتأَوَّلَ المُدَبَّرَ عليه ، والمُدَبَّرُ قد يأْتِى عليه وَقْتٌ يكونُ فيه حُرًّا ، والمَوْقوفُ إنَّما هو شىءٌ وقَفَه بعدَه ، وهو مِلْكٌ السَّاعَةَ ؟ قال لى : إذا كان يتأَوَّلُ . قال المَيْمُونِىُّ : وإنَّما ناظَرْتُه بهذا ؛ لأنَّه قال فى المُدَبَّرِ : ليس لأحَدٍ فيه شىءٌ ، وهو مِلْكٌ السَّاعَةَ ، وهذا شىءٌ قد وَقَفَه على قَوْمٍ مَساكِين ، فكيف يُحْدِثُ به شيئًا ؟ فقلتُ : هكذا الوُقوفُ ، ليس لأحَدٍ فيها شىءٌ ، السَّاعَةَ هو مِلْكٌ ، وإنَّما اسْتُحِقَّ بعدَ الوَفاةِ ، كما أنَّ المُدَبَّرَ السَّاعَةَ ليس بحُرٍّ ، ثم يأْتِى عليه وَقْتٌ يكونُ فيه حُرًّا . انتهى . فنَصَّ أحمدُ على الفَرْقِ بينَ الوَقْفِ بعدَ الموتِ وبينَ المُدَبَّرِ . قال الحارِثِىُّ : والفَرْقُ عَسِرٌ جدًّا . وتابعَ فى « التَّلْخيصِ » المَنْصوصَ ، فقال : أحْكامُ الوَقْفِ خَمْسَةٌ ؛ منها ، لُزومُه فى الحالِ ؛ أخْرَجَه مَخْرَجَ الوَصِيَّةِ ، أم لم يُخْرِجْه ، وعندَ ذلك يَنْقَطِعُ تصَرُّفُه فيه . وشيْخُنا ،

الشرح الكبير

أو اشْتَرَى رَقِيقًا . رواهُ أبو دَاوُدَ[1] بنَحْوٍ مِن هذا . وهذا نَصٌّ فى مَسْأَلَتِنا ، ووَقْفُه هذا كان بأمْرِ النبىِّ ﷺ ، ولأنَّه اشْتَهَر فى الصَّحابَةِ و لم يُنْكَرْ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّ هذا تَبرُّعٌ مُعَلَّقٌ بالمَوْتِ ، فصَحَّ ، كالهِبَةِ والصَّدَقَةِ المُطْلَقَةِ . أو نقولُ : صَدَقَةٌ مُعَلَّقَةٌ بالمَوْتِ ، فأشْبَهت غيرَ الوَقْفِ . وفارَقَ هذا التَّعْلِيقَ على شَرْطٍ فى الحياةِ ، بدَلِيلِ الصَّدَقَةِ المُطْلَقَةِ ، أو الهِبَةِ ، وغيرِهما ، وذلك لأنَّ هذا وَصِيَّةٌ ، والوَصِيَّةُ أوْسَعُ

الإنصاف

رَحِمَه اللهُ ، فى حواشِى « المُحَرَّرِ » لمَّا لم يطَّلِعْ على نصِّ أحمدَ ، رَدَّ كلامَ صاحبِ « التَّلْخيصِ » وتأَوَّلَه ؛ اعْتِمادًا على أنَّ المَسْأَلَةَ ليس فيها مَنْقولٌ ، مع أنَّه وافقَ الحارِثِىَّ على أنَّ ظاهِرَ كلامِ الأصحابِ ، لا يقَعُ الوَقْفُ ، والحالَةُ هذه ، لازِمًا . قلتُ : كلامُه فى « القَواعِدِ » يُشْعِرُ أنَّ فيه خِلافًا ؛ هل هو لازِمٌ ، أم لا ؟ قالَه فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والثَّمانِين » ، فى تَبعِيَّةِ الوَلَدِ . ومنها ، المُعَلَّقُ وَقْفُها بالمَوْتِ ، إنْ قُلْنا : هو لازِمٌ . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى رِوايةِ المَيْمُونِىِّ . انتهى . فظاهِرُ قَوْلِه : إنْ قُلْنا : هو لازِمٌ . يُشْعِرُ بالخِلافِ . ومنها ، لو شرَط فى الوَقْفِ أنْ يَبِيعَه ، أو يهَبَه ، أو يرْجِعَ فيه متى شاءَ ، بطَل الشَّرْطُ و الوَقْفُ ، فى أحَدِ الأوْجُهِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[2] : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . وقيل : يبْطُلُ الشَّرْطُ دُونَ الوَقْفِ ، وهو تخْريجٌ مِنَ البَيْعِ . وما هو ببعيدٍ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يصِحُّ

(١) فى : باب ما جاء فى الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢ / ١٠٥ .
(٢) المغنى ١٩٢/٨ .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ،

الشرح الكبير

مِن التَّصَرُّفِ فى الحياةِ ، بدَليلِ جَوازِها بالمَجْهُولِ والمَعْدُومِ ، وللمَجْهُولِ وللحَمْلِ ، وغيرِ ذلك ، وبهذا يَبِينُ فَسادُ قِياسِ مَن قاسَ على هذا الشَّرْطِ بَقِيَّةَ الشُّرُوطِ . وسَوَّى المُتَأَخِّرُون مِن أصْحابِنا بينَ تَعْلِيقِه بالمَوْتِ ، وتَعْلِيقِه بشَرْطٍ فى الحَياةِ . ولا يَصِحُّ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الفَرْقِ بينَهما .

فصل : (ولا يُشْتَرَطُ القَبُولُ ، إلَّا أن يكونَ على آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، ففيه

الإنصاف

فى الكُلِّ . نقَلَه عنه فى « الفائقِ » . ومنها ، لو شرَط الخِيارَ فى الوَقْفِ ، فسَد . نصَّ عليه ، وهو المذهبُ . وخُرِّجَ فَسادُ الشَّرْطِ وحدَه مِنَ البَيْعِ . قال الحارِثِيُّ : وهو أشْبَهُ . ومنها ، لو شرَط البَيْعَ عندَ خَرابِه ، وصَرْفَ الثَّمَنِ فى مِثْلِه ، أو شرَطَه للمُتَوَلِّى بعدَه ، فقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ البَنَّا ، وغيرُهم : يبْطُلُ الوَقْفُ . قلتُ : وفيه نظرٌ . وذكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ وَجْهًا بصِحَّةِ الوَقْفِ وإلْغاءِ الشَّرْطِ . ذكَر ذلك الحارِثِيُّ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال فى « الفُروعِ » : وشرْطُ بَيْعِه إذا خَرِبَ ، فاسِدٌ فى المَنْصوصِ . نقَلَه حَرْبٌ ، وعلَّلَ بأنَّه ضَرُورَةٌ ومَنْفَعَةٌ لهم . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ على تَعْليلِه ، لو شرَط عدَمَه عندَ تَعْطِيلِه . وقيل : الشَّرْطُ صحيحٌ .

قولُه : ولا يُشْتَرَطُ القَبُولُ ، إلَّا أنْ يكونَ على آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، ففيه وَجْهان . إذا وقَف وَقْفًا ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ على آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، أو غيرِه ؛ فإنْ كان على غيرِ مُعَيَّنٍ ، فقطَع المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه لا يُشْترَطُ القَبُولُ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وذكَر النَّاظِمُ احْتِمالًا ، أنَّ نائِبَ الإمامِ يقْبَلُه . وإنْ كان المَوْقوفُ عليه آدَمِيًّا مُعَيَّنًا ، زادَ فى « الرِّعايَتَيْن » ، أو جَمْعًا مَحْصورًا ،

المقنع

فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُشْتَرَطُ ذَلِكَ . فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ أَوْ رَدَّهُ ، بَطَلَ فِي حَقِّهِ دُونَ مَنْ بَعْدَهُ ، وَكَانَ كَمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ، يُصْرَفُ فِي الْحَالِ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَنْ لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ يَعْرِفُ انْقِرَاضَهُ ؛ كَرَجُلٍ مُعَيَّنٍ ، صُرِفَ إِلَى مَصْرِفِ الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ إِلَى أَنْ يَنْقَرِضَ ، ثُمَّ يُصْرَفُ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ .

الشرح الكبير

وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يُشْتَرَطُ . فإن لم يَقْبَلْ أو رَدَّه ، بَطَل فى حَقِّه دُونَ مَن بعدَه ، وصار كما لو وَقَف على مَن لا يجوزُ ثم على مَن يجوزُ ، يُصْرَفُ فى الحالِ إلى مَن بعدَه) وجُمْلةُ ذلك ، أنَّ الوَقْفَ إذا كان على غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كالمَساكِينِ ، أو مَن لا يُتَصَوَّرُ منه القَبُولُ كالمَساجِدِ والقَناطِرِ ، لم يَفْتَقِرْ إلى القَبُولِ . وإن كان على آدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يُشْتَرَطُ . اخْتارَه القاضى ؛ لأنَّه أحَدُ نَوْعَىِ الوَقْفِ ، فلم يُشْتَرَطْ له القَبُولُ ، كالنَّوْعِ الآخَرِ ، ولأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ يَمْنَعُ البَيْعَ والهِبَةَ والمِيراثَ ، فلم يُعْتَبَرْ فيه قَبُولٌ ، كالعِتْقِ . والثانى ، يُشْتَرَطُ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ لآدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ،

الإنصاف

[٢/٢٤١ظ] فهل يُشْتَرَطُ قَبُولُه ، أم لا يُشْتَرَطُ ؟ فيه وَجْهان . أطْلَقَهما المُصَنِّفُ هنا ؛ أحدُهما ، لا يُشْتَرَطُ . وهو المذهبُ . قال فى « الكافِى » : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال الشَّارِحُ : هذا أوْلَى . قال الحارِثِىُّ : هذا أقْوَى . وقطَع به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قال فى « الفائقِ » : لا يُشْتَرَطُ ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ،

الشرح الكبير

فكان مِن شَرْطِه القَبُولُ ، كالهِبَةِ والوَصِيَّةِ ، يُحَقِّقُه [٥/٢١٨و] أنَّ الوَصِيَّةَ إذا كانت لآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، وَقَفَتْ على قَبُولِه ، وإن كانت لغيرِ مُعَيَّنٍ ، كالمَساكِينِ أو لِمَسْجِدٍ أو نحوِه ، لم تَفْتَقِرْ إلى قَبُولٍ ، كذا هٰهُنا . والأوَّلُ أوْلَى ، والفَرْقُ بينَه وبينَ الهِبَةِ والوَصِيَّةِ ، أنَّ الوَقْفَ لا يَخْتَصُّ المُعَيَّنَ ، بل يَتَعَلَّقُ به حَقُّ مَن يَأْتِي مِن البُطُونِ فى المُسْتَقْبَلِ ، فيكونُ الوَقْفُ على جَمِيعِهم ، إلَّا أنَّه مُرَتَّبٌ ، فصار بمَنْزِلَةِ الوَقْفِ على الفُقَراءِ الذى لا يَبْطُلُ برَدِّ واحدٍ منهم ولا يَقِفُ على قَبُولِه ، والوَصِيَّةُ للمُعَيَّنِ بخِلافِه . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وإذا قُلْنا : لا يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ . لم يَبْطُلْ بالرَّدِّ ، كالعِتْقِ . وإن قُلْنا : يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ . فرَدَّه ، بَطَل فى حَقِّه دُونَ مَن بعدَه . وصار كالوَقْفِ المُنْقَطِعِ الابْتِداءِ ، يُخَرَّجُ فى صِحَّتِه فى حَقِّ مَن سِواه وبُطْلانِه وَجْهان ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

الإنصاف

و « الفروعِ » . والوَجْهُ الثَّانى، يُشْتَرَطُ . قال فى « المُذْهَبِ »، و « الخُلاصَةِ »: يُشْتَرَطُ فى الأصحِّ . قال النَّاظِمُ: هذا أقْوَى . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ »، و« المُسْتَوْعِبِ»، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأطْلَقَهما فى «مَسْبوكِ الذَّهَبِ »، و« التَّلْخيصِ »، و« شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى »، و« الرِّعايَةِ الكُبْرَى »، و« الزَّرْكَشِىِّ »، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وأخْذُ الرَّيْعِ قَبُولٌ .

تنبيه : أكثرُ الأصحابِ يحْكِى الخِلافَ مِن غيرِ بِناءٍ . وقال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، بعدَ تَعْليلِ الوَجْهَيْن : والأَشْبَهُ أنْ يَنْبَنِىَ ذلك على أنَّ المِلْكَ ، هل يَنْتَقِلُ إلى المَوْقُوفِ عليه ، أم لا ؟ فإنْ قيلَ بالانْتِقالِ ، قيلَ باشْتِراطِ القَبُولِ ، وإلَّا فلا . قال الحارِثِىُّ : وبَناه بعضُ أصحابِنا المُتأَخِّرِين على ذلك ، قال فى

الشرح الكبير

فصل : إذا وَقَف على مَن لا يجوزُ ثم على مَن يجوزُ ، فهو وَقْفٌ مُنْقَطِعُ الابْتِداءِ ، كالوَقْفِ على عَبْدِه ، أو أُمِّ وَلَدِه ، أو مَجْهُولٍ ، فإن لم يَذْكُرْ له مآلًا فالوَقْفُ باطِلٌ . وكذلك إن جعَل له مآلًا لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ؛ لأنَّه أخَلَّ بأحَدِ شَرْطَيِ الوَقْفِ ، فبَطَلَ ، كما لو وَقَف ما لا يجوزُ وَقْفُه . وإن جَعَل له مآلًا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، كمَن يَقِفُ على عَبْدِه ثم على المَساكِينِ ، ففي صِحَّتِه وَجْهان ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وللشافعيِّ قَوْلان ، كالوَجْهَيْن . فإذا قُلْنا : يَصِحُّ . وهو قولُ القاضى ، وكان مَن لا يجوزُ الوَقْفُ عليه لا يُمْكِنُ اعْتِبارُ انْقِراضِه ؛ كالمَيِّتِ ، والمَجْهُولِ ،

الإنصاف

« الرِّعايتَيْن » : قلتُ : إنْ قُلْنا : هو للهِ . لم يُعْتَبَرِ القَبُولُ ، وإنْ قُلْنا : هو للمُعَيَّنِ ، والجَمْعِ المَحْصُورِ . اعْتُبِرَ فيه القَبُولُ . قال الحارِثِيُّ : وفى ذلك نظَرٌ ؛ فإنَّ القَبُولَ إنْ أُنِيطَ بالتَّمْليكِ ، فالوَقْفُ لايخْلُو من تَمْليكٍ ؛ سواءٌ قيلَ بالامْتِناعِ أو عدَمِه . انتهى . قال الزَّرْكَشِيُّ : والظَّاهِرُ أنَّ الخِلافَ على القَوْلِ بالانْتِقالِ ؛ إذ لا نِزاعَ بين الأصحابِ أنَّ الانْتِقالَ إلى المَوْقُوفِ عليه هو المذهبُ ، مع اخْتِلافِهم فى المُخْتارِ هنا . فعلى المذهبِ ، لا يَبْطُلُ برَدِّه ، فرَدُّه وقَبُولُه وعدَمُهما واحِدٌ ، كالعِتْقِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال أبو المَعالِى فى « النِّهايَةِ » : إنَّه يرْتَدُّ برَدِّه ، كالوَكِيلِ إذا ردَّ الوَكالَةَ ، وإنْ لم يُشْتَرَطْ لها القَبُولُ . قال الحارِثِيُّ : وهذا أصحُّ . وعلى القَوْلِ بالاشْتِراطِ ، قال الحارِثِيُّ : يُشْتَرَطُ اتِّصالُ القَبُولِ بالإِيجابِ ، فإنْ تَراخَى عنه ، بطَل ، كما يَبْطُلُ فى البَيْعِ والهِبَةِ . وعلَّله ، ثم قال : وإذا عُلِمَ هذا ، فيتَفَرَّعُ عليه عدَمُ اشْتِراطِ القَبُولِ مِنَ المُسْتَحِقِّ الثَّانِى والثَّالِثِ ، ومَن بعدُ ؛ لتَراخِى اسْتِحْقاقِهم عنِ الإِيجابِ ، ذكَرَه بعضُ الأصحابِ . قال : وهذا يُشْكِلُ بقَبُولِ الوَصِيَّةِ مُتَراخِيًا عن الإِيجابِ . انتهى . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إذا اشْتُرِطَ القَبُولُ

الشرح الكبير

والكَنائِسِ ، صُرِف فى الحالِ إلى مَن يجوزُ الوَقْفُ عليه ؛ لأنَّنا لَمّا صَحَّحْنا الوَقْفَ مع ذِكْرِ ما لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فقد أَلْغَيْناه ؛ لتَعَذُّرِ التَّصْحِيحِ مع اعْتِبارِه ، وإن كان مَن لا يجوزُ الوَقْفُ عليه يُمْكِنُ اعْتِبارُ انْقِراضِه ؛ كأُمِّ وَلَدِه ، وعَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، فكذلك . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُصْرَفُ فى الحالِ (إلى مَصْرِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ ، إلى أن يَنْقَرِضَ) مَن لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فإذا انْقَرَضَ صُرِف إلى مَن يجوزُ . ذَكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ الواقِفَ إنَّما جَعَلَه وَقْفًا على مَن يجوزُ بشَرْطِ انْقِراضِ هذا ، فلا يَثْبُتُ بدُونِه ، ويُفارِقُ ما لا يُمْكِنُ اعْتِبارُ انْقِراضِه ؛ لتَعَذُّرِ اعْتِبارِه . ولأَصْحابِ الشافعىِّ وَجْهان كهذَيْنِ .

الإنصاف

على المُعَيَّنِ ، فلا يَنْبَغِى أنْ يُشْتَرَطَ المَجْلِسُ ، بل يلْحَقُ بالوَصِيَّةِ والوَكالَةِ ، فيصِحُّ ؛ مُعَجَّلًا ومُؤَجَّلًا ، بالقَوْلِ والفِعْلِ ، فأَخْذُ رَيْعِه قَبُولٌ . وقطَع ، واخْتارَ فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والخَمْسِين » ، أنَّ تصَرُّفَ المَوْقُوفِ عليه المُعَيَّنِ ، يقُومُ مَقامَ القَبُولِ بالقَوْلِ .

قوله : فإنْ لم يَقْبَلْه أو رَدَّه ، بطَل فى حَقِّه ، دُونَ مَن بعدَه . هذا مُفَرَّعٌ على القَوْلِ باشْتِراطِ القَبُولِ . فجزَم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه كالمُنْقَطِعِ الابْتِداءِ ، على ما يأْتِى بعدَ ذلك ، فيأْتِى فيه وَجْهٌ بالبُطْلانِ ، وهذا ، أعْنِى كوْنَه كالمُنْقَطِعِ الابْتِداءِ ، أحَدُ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : يصِحُّ هذا ، وإنْ لم نُصَحِّحْ فى الوَقْفِ المُنْقَطِعِ . وهو الصَّحيحُ . قال فى « الفُروعِ » : وهو أصَحُّ ؛ كتَعَذُّرِ اسْتِحْقاقِه لفَوْتِ وَصْفٍ فيه . قال الحارِثِىُّ : هذا الصَّحيحُ . فعلى هذا ، يَصِحُّ هنا ، قوْلًا واحدًا . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ليس كالوَقْفِ المُنْقَطِعِ الابْتِداءِ ،

الشرح الكبير

فصل : فإن كان الوَقْفُ صَحِيحَ الطَّرَفَيْن مُنْقَطِعَ الوَسَطِ ، كمَن وَقف على وَلَدِه ، [٢١٨/٥ظ] ثم على عَبِيدِه ، ثم على المَساكِين ، خُرِّجَ فى صِحَّةِ الوَقْفِ وَجْهان ، بِناءً[1] على ما نَذْكُرُه فى الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ . ثم يُنْظَرُ فيما لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فإن لم يُمْكِن اعْتِبارُ انْقِراضِه أَلْغَيْناهُ ، إذا قُلْنا بالصِّحَّةِ ، وإن أمْكَنَ اعْتِبارُ انْقِراضِه ، فهل يُعْتَبَرُ أو يُلْغَى ؟ على وَجْهَيْن ، كما تَقَدَّمَ . فإن كان مُنْقَطِعَ الطَّرَفَيْن صَحِيحَ الوَسَطِ ، كمَن وَقَف على عَبْدِه ، ثم على أوْلادِه ، ثم على الكَنِيسَةِ ، خُرِّجَ فى صِحَّتِه أيضًا وَجْهان ، ومَصْرِفُه بعدَ مَن يجوزُ الوَقْفُ عليه إلى مَصْرِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ .

الإنصاف

بلِ الوَقْفُ هنا صحيحٌ ، قوْلًا واحدًا .

قوله : وكان كما لو وقَف على مَن لا يَجُوزُ ، ثم على مَن يَجُوزُ . هذا الوَقْفُ المُنْقطعُ الابْتِداءِ . وهو صحيحٌ ، على الصَّحيحِ مِنَ المَذهبِ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : جزَم به أكثرُ الأصحابِ . وبَناه فى « المُغْنِى » ، ومَن تابَعَه ، على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ؛ فأَجْرَى وَجْهًا بالبُطْلانِ . قال : وفيه بُعْدٌ . فعلى المذهبِ ، يُصْرَفُ فى الحالِ إلى مَن بعدَه ، كما قال المُصَنِّفُ . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : وهو الأَقْوَى . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه إنْ كان مَن لا يجوزُ الوَقْفُ عليه يُعْرَفُ انْقِراضُه ، كرَجُلٍ مُعَيَّنٍ ، صُرِفَ إلى مَصْرِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ ، يعْنِى المُنْقَطِعَ الانْتِهاءِ ، على ما يأْتِى . صرَّحَ به الحارِثِىُّ ، إلى أنْ ينْقَرِضَ ، ثم يُصْرَفُ إلى مَن بعدَه . واخْتارَه ابنُ

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَقفَ عَلَى جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَلَمْ يَذْكُرْ لَهُ مَآلًا ، أَوْ عَلَى مَنْ يَجُوزُ ثُمَّ عَلَى مَنْ لَا يَجُوزُ ، أَوْ قَالَ : وَقَفْتُ . وَسَكَتَ ، انْصَرَفَ بَعْدَ انْقِرَاضِ مَنْ يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ إِلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ وَقْفًا عَلَيْهِمْ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، إِلَى أَقْرَبِ عَصَبَتِهِ . وَهَلْ يَخْتَصُّ بِهِ فُقَرَاؤُهُمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ : يَكُونُ وَقْفًا عَلَى الْمَسَاكِينِ . [١٥٤و]

الشرح الكبير

٢٥٦٨ - مسألة : (وإن وَقَف على جِهَةٍ تَنْقَطِعُ و لم يَذْكُرْ له مآلًا ، أو وَقَف على مَن يجوزُ ثم على مَن لا يجوزُ ، أو قال : وَقَفْتُ . وسَكَت ، انْصَرَفَ بعدَ انْقِراضِ مَن يجوزُ الوَقْفُ عليه إلى وَرَثَةِ الواقِفِ وَقْفًا عليهم ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . والأُخْرَى ، إلى أقْرَبِ عَصَبَتِه . وهل يَخْتَصُّ به فُقَراؤُهم ؟ على وَجْهَيْن . وقال القاضى فى مَوْضِعٍ : يكونُ وَقْفًا على المَساكِينِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ الوَقْفَ الذى لا اخْتِلافَ فى صِحَّتِه عندَ

الإنصاف

عَقِيلٍ ، والقاضى ، وقال : هو قِياسُ المذهبِ . وقيل : يُصْرَفُ إلى أقارِبِ الواقِفِ . قالَه فى « الفائقِ » .

قوله : وإنْ وقَف على جِهَةٍ تَنْقَطِعُ ، و لم يَذْكُرْ له مَآلًا ، أو على مَن يَجُوزُ ، ثم على مَن لا يجُوزُ ، انْصرَفَ بعدَ انْقِراضِ مَن يجوزُ الوَقْفُ عليه إلى وَرَثَةِ الواقِفِ وَقْفًا عليهم فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ . قال فى « الكافِى » : هذا ظاهِرُ المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . فعليها ، يُقْسَمُ على قَدْرِ إرْثِهم . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال الحارِثِىُّ : قالَه الأصحابُ . قال القاضى : فللبِنْتِ مع الابنِ الثُّلُثُ ،

الشرح الكبير

القائِلين بصِحَّةِ الوَقْفِ ، ما كان مَعْلُومَ الابْتِداءِ والانْتِهاءِ ، غيرَ مُنْقَطِعٍ ، مثلَ أن يُجْعَلَ على المَساكِينِ ، أو طائِفَةٍ لا يجوزُ بحُكْمِ العادَةِ انْقِراضُهم . وإن كان غيرَ[1] مَعْلُومِ الانْتِهاءِ ، مثلَ أن يَقِفَ على قَوْمٍ يجوزُ انْقِراضُهم بحُكْمِ العادَةِ ، ولم يَجْعَلْ آخِرَه للمَساكِينِ ولا لجِهَةٍ غيرِ مُنْقَطِعَةٍ ، فهو صَحِيحٌ أيضًا . وبه قال مالِكٌ ، وأبو يُوسُفَ ، والشافعىُّ فى أحَدِ قَوْلَيْه . وقال [2]أبو حنيفةَ ، و[2] محمدُ بنُ الحَسَنِ : لا يَصِحُّ . وهو القولُ الثانى للشافعىِّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ مُقْتَضاه التَّأْبِيدُ ، فإذا كان مُنْقَطِعًا صار وَقْفًا على مَجْهُولٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو وَقَف على مَجْهُولٍ فى الابْتِداءِ . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفٌ مَعْلُومُ المَصْرِفِ ، فصَحَّ ، كما لو صَرَّحَ بمَصْرِفه المُتَّصِلِ ، ولأنَّ الإِطْلاقَ إذا كان له عُرْفٌ ، حُمِل عليه ، كنَقْدِ البَلَدِ ، وعُرْفُ المَصْرِفِ هٰهُنا أوْلَى الجهاتِ به ، فكأنَّه عَيَّنَهم . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه يَنْصَرِفُ عندَ انْقِراضِ المَوْقُوفِ عليهم إلى أقارِبِ الواقِفِ . وبه قال الشافعىُّ ، إلَّا أنَّه قال : يكونُ وَقْفًا على أقْرَبِ الناسِ إلى الواقِفِ ، الذَّكَرُ والأُنْثَى فيه سواءٌ .

الإنصاف

وله الباقِى ، [٢/٢٤٢و] وللأَخِ مِنَ الأُمِّ مع الأخِ للأبِ السُّدْسُ ، وله ما بَقِىَ . وإنْ كان جَدٌّ وأخٌ ، قاسَمَه ، وإنْ كان أخٌ وعمٌّ ، انْفَرَدَ به الأخُ ، وإنْ كان عَمٌّ وابنُ عَمٍّ ، انْفَرَدَ به العَمُّ . وقال الحارِثِىُّ : وهذا تَخْصِيصٌ بمَن يَرِثُ مِنَ الأقارِبِ فى حالٍ دُونَ حالٍ ، وتَفْضِيلٌ لبعضٍ على بَعضٍ ، وهو لو وقَف على أقارِبِه ، لما قالوا

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) زيادة من : الأصل . وهو قولهما . انظر فتح القدير ٦/٢١٣ .

الشرح الكبير

وعن أحمدَ ، أنَّه يُصْرَفُ إلى المَساكِينِ . اخْتارَه القاضِى ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ؛ لأنَّهم مَصْرِفُ الصَّدَقاتِ وحُقُوقِ اللهِ تعالى مِن الكَفَّاراتِ ونحوِها ، فإذا وُجِدَتْ [٢١٩/٥و] صَدَقةٌ غيرُ مُعَيَّنَةِ المَصْرِفِ ، انْصَرَفَتْ إليهم ، كما لو نَذَر صَدَقَةً مُطْلَقَةً . وعن أحمدَ رِوايةٌ ثالثةٌ ، أنَّه يُجْعَلُ فى بَيْتِ مالِ المُسْلِمِين ؛ لأنَّه مالٌ لا مُسْتَحِقَّ له ، فأشْبَه مالَ مَن لا وارِثَ له . وقال أبو يُوسُفَ : يَرْجِعُ إلى الواقِفِ وإلى وَرَثَتِه ، إلَّا أن يقولَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ يُنْفَقُ منها على فُلانٍ وفُلانٍ . فإذا انْقَرَضَ المُسَمَّى ، كانت على الفُقَراءِ والمَساكِينِ ؛ لأنَّه جَعَلَها صَدَقَةً على مُسَمًّى ، فلا تكونُ على غيرِه ، ويُفارِقُ ما إذا قال[1] : يُنْفَقُ منها على فُلانٍ وفُلانٍ . فإنَّه جَعَل الصَّدَقَةَ مُطْلَقَةً . ولَنا ، أنَّه أزالَ مِلْكَه للهِ تعالى ، فلم يَجُزْ أن يَرْجِعَ إليه ،

الإنصاف

فيه بهذا التَّخْصيصِ ، والتَّفْضِيلِ . وكذا لو وقَف على أوْلادِه ، أو أوْلادِ زَيْدٍ ، لا يُفَضَّلُ فيه الذَّكَرُ على الأُنْثَى ، وقد قالوا هنا : إنَّما يَنْتَقِلُ إلى الأقارِبِ وَقْفًا . انتهى . فظاهِرُ كلامِه ، أنَّه مالَ إلى عدَمِ المُفاضَلَةِ . وما هو ببعيدٍ . قال فى « الفائقِ » : وعنه فى أقارِبِه ؛ ذكَرِهم وأُنْثاهم ؛ بالسَّوِيَّةِ ، ويَخْتَصُّ به الوارِثُ . انتهى . والرِّوايةُ الأُخْرَى ، يُصْرَفُ إلى أقْرَبِ عصَبَتِه . قال فى « الفُروعِ » : وعنه يُصْرَفُ إلى عصَبَتِه . ولم يذْكُرْ أقْرَبَ . وأطْلَقَهما ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . فعليهما ، يكونُ وَقْفًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقطَع به القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، والمَجْدُ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ،

---

(١) فى م : « كان » .

الشرح الكبير

كما لو أعْتَقَ عَبْدًا ، والدَّلِيلُ على صَرْفِه إلى أقارِبِ الواقِفِ ، أنَّهم أوْلَى الناسِ بصَدَقَتِه ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « صَدَقَتُكَ عَلَى غَيْرِ ذِى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وصَدَقَتُكَ على ذِى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وصِلَةٌ »[1] . وقال : « إنَّكَ أنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ خَيْرٌ مِنْ أنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النّاسَ »[2] . ولأنَّهم أوْلَى الناسِ بصَدَقاتِه النَّوافِلِ والمَفْرُوضاتِ ، فكذلك صَدَقَتُه المَنْقُولَةُ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه يكونُ للفُقَراءِ منهم والأغْنِياءِ فى إحْدى الرِّوايَتَيْن عن أحمدَ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ لا يَخْتَصُّ الفُقَراءَ ، ولأنَّه لو وَقَف

الإنصاف

و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . قال فى « المُغْنِى »[3] : نصَّ عليه . قال الحارِثِىُّ : وإنَّما حذَف ذِكْرَ الوَقْفِ فى الرِّوايةِ الثَّانيةِ ؛ اخْتِصارًا واكْتِفاءً بذِكْرِه المُتقَدِّمِ فى رِوايَةِ العَوْدِ إلى الوَرَثَةِ . انتهى . وقال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : مفْهومُ قوْلِه : فى الوَرَثَةِ . يكونُ وَقْفًا عليهم ، على أنَّه إذا انْصرفَ إلى أقْرَبِ العصَبَةِ ، لا يكونُ وَقْفًا . وردَّه الحارِثِىُّ ، فقال : مِنَ النَّاسِ مَن حمَل رِوايةَ العَوْدِ إلى أقْرَبِ العَصَبَةِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ ، على العَوْدِ مِلْكًا . قال : لأنَّه قيَّد رِوايَةَ العَوْدِ إلى الوَرَثَةِ بالوَقْفِ ، وأطْلَقَ هنا ، وأثْبَتَ بذلك وَجْهًا . قال : وليس كذلك ؛ فإنَّ العَوْدَ إلى الأقْرَبِ مِلْكًا إنَّما يكونُ بسَبَبِ الإرْثِ ، ومَعْلومٌ أنَّ الإرثَ لا يخْتَصُّ بأقْرَبِ العَصَبَةِ . وأيضًا فقد حكَى خِلافًا فى اخْتِصاصِ العَوْدِ بالفُقَراءِ بهم ، ولو كان إرْثًا لمَا اخْتُصَّ بالفُقَراء ، مع أنَّ المُصَنِّفَ صرَّح بالوَقْفِ فى ذلك فى « كِتابَيْه » ، وكذلك الذين نقَل مِن كُتُبِهم ، كالقاضى ، وأبى الخَطَّابِ .

(١) تقدم تخريجه فى ٢٨٠/٧ .
(٢) تقدم تخريجه فى ٣٤٣/١١ . فى حديث : « والثلث كثير » .
(٣) المغنى ٢١٢/٨ .

الشرح الكبير

على أَوْلادِه ، تَناوَلَ الأَغْنِياءَ والفُقَراءَ ، كذا هٰهُنا . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّه يَخْتَصُّ الفُقَراءَ منهم ؛ لأَنَّهم أهْلُ الصَّدَقاتِ دُونَ الأَغْنِياءِ ، ولأَنَّنا خَصَصْنا الأَقارِبَ بالوَقْفِ ، لكَوْنِهم أَوْلَى الناسِ بالصَّدَقَةِ ، وأَوْلَى الناسِ بالصَّدَقَةِ الفُقَراءُ دُونَ الأَغْنِياءِ . واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى مَن يَسْتَحِقُّ الوَقْفَ مِن أَقْرِباءِ الواقِفِ ، ففى إحْدى الرِّوايَتَيْن ، يَخْتَصُّ بالوَرَثَةِ منهم ؛ لأَنَّهم الذين صَرَفَ اللهُ إليهم مالَه بعدَ مَوْتِه واسْتِغْنائِه عنه ، فكذلك يُصْرَفُ إليهم مِن مالِه ما لم يَذْكُرْ له مَصْرِفًا . فعلى هذا ، يكونُ بينَهم على حَسَبِ مِيراثِهم ، ويكونُ وَقْفًا عليهم . نَصَّ عليه أحمدُ ، وذكَرَه القاضى ؛ لأَنَّ الوَقْفَ يَقْتَضِى

الإنصاف

انتهى . وعنه ، يكونُ مِلْكًا . قال فى « الفائقِ » : وقيل : يكونُ مِلْكًا . اخْتارَه الخِرَقِىُّ . قال فى « المُغْنِى »[1] : ويَحْتَمِلُه كلامُ الخِرَقِىِّ . قال فى « الفائقِ » : وقال ابنُ أبى مُوسى : إنْ رجَع إلى الوَرَثَةِ ، كان مِلْكًا ، بخِلافِ العَصَبَةِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وهذا أَصحُّ وأَشْبَهُ بكلامِ أحمدَ ، وعلى الرِّوايتَيْن أيضًا ، هل يَخْتَصُّ به فُقَراؤُهم ؟ على وَجْهَيْن . وأَطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، عدَمُ الاخْتِصاصِ . وهو المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : هذا الأصحُّ فى المذهبِ . قال النَّاظِمُ : هذا الأَقْوَى . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، والخِرَقِىِّ . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يَخْتَصُّ به فُقَراؤُهم . اخْتارَه القاضى فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » .

---

(١) المغنى ٨/٢١٣ .

الشرح الكبير

التَّأْبِيدَ ، وإنَّما صَرَفْناه إلى هؤلاءِ ؛ لأنَّهم أحَقُّ الناسِ بصَدَقَتِه ، فيُصْرَفُ إليهم مع بَقائِه صَدَقَةً . ويَحْتَمِلُ أن يُصْرَفَ إليهم على سَبِيلِ الإرْثِ ، على ما ذَكَرَه الخِرَقِيُّ ، ويَبْطُلُ الوَقْفُ فيه ، كقَوْلِ أبي يُوسُفَ . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، يكونُ وَقْفًا على أقْرَبِ عَصَبَةِ الواقِفِ دُونَ [٢١٩/٥ظ] بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ[1] ، ودُونَ البَعِيدِ مِن العَصَباتِ ، فيُقَدَّمُ الأقْرَبُ فالأقْرَبُ ، على حَسَبِ اسْتِحْقاقِهِم لوَلاءِ[2] المَوالِى ، لأنَّهم خُصُّوا بالعَقْلِ عنه ، وبمِيراثِ مَوالِيه ، فخُصُّوا بهذا أيضًا . قال شيخُنا[3] : وهذا لا يَقْوَى عندِى ، فإنَّ اسْتِحْقاقَهم لهذا دُونَ غيرِهم مِن الناسِ لا يكونُ إلَّا بدَلِيلٍ ، مِن نَصٍّ أو إجْماعٍ ، ولا نَعْلَمُ فيه نَصًّا ولا إجْماعًا ، ولا يَصِحُّ قِياسُه على مِيراثِ وَلاءِ المَوالِى ؛ لأنَّ عِلَّتَه لا تَتَحَقَّقُ هٰهُنا ، وأقْرَبُ الأقْوالِ فيه صَرْفُه

الإنصاف

فائدة : متى قُلْنا برُجوعِه إلى أقارِب الواقِفِ ، وكان الواقِفُ حيًّا ، ففى رُجوعِه إليه أو إلى عصَبَتِه وذُرِّيَّتِه رِوايتَان . حَكاهما ابنُ الزَّاغُونِىِّ فى « الإقْناعِ » رِوايَةً ؛ إحْداهما ، يدْخُلُ . قطَع به ابنُ عَقِيلٍ فى « مُفْرَداتِه » . قالَه فى « القاعِدَةِ السَّبْعِين » . وكذا لو وقَف على أولادِه وأنْسالِهم ، على أنَّ مَن تُوفِّىَ منهم عن غيرِ وَلَدٍ ، رجَع نَصِيبُه إلى أقْرَبِ النَّاسِ إليه ، فتُوفِّىَ أحدُ أوْلادِ الواقِفِ عن غيرِ وَلَدٍ ، والأبُ الواقِفُ حَىٌّ ، فهل يعودُ نَصِيبُه إليه ، لكَوْنِه أقْرَبَ النَّاسِ إليه ، أم لا ؟ تُخرَّجُ على ما قبلَها . قالَه ابنُ رَجَبٍ . والمَسْأَلَةُ مُلْتَفِتَةٌ إلى دُخولِ المُخاطَبِ فى خِطابِه .

---

(١) فى م : « الوراث » .

(٢) فى الأصل ، ر ١ : « كولاء » .

(٣) فى : المغنى ٢١٢/٨ .

الشرح الكبير

إلى المَساكِينِ ، لأنَّهم مَصارِفُ مالِ اللهِ وحُقُوقِه ، فإن كان فى أقارِبِ الواقِفِ مَساكِينُ ، كانوا أوْلَى به ، لا على سَبِيلِ الوُجُوبِ ، كما أنَّهم أوْلَى بزَكاتِه وصِلاتِه مع جَوازِ الصَّرْفِ إلى غيرِهم ، ولأنّا إذا صَرَفْناه إلى أقارِبِه على سَبِيلِ التَّعْيِينِ ، فهى أيضًا جِهَةٌ مُنْقَطِعَةٌ ، فلا يَتَحَقَّقُ اتِّصالُه إلَّا بصَرْفِه إلى المَساكِينِ . فإن لم يَكُنْ للواقِفِ أقارِبُ ، أو كان له أقارِبُ فانْقَرَضُوا ، صُرِف إلى الفُقَراءِ والمَساكِينِ[1] وَقْفًا عليهم ؛ لأنَّ القَصْدَ به الثَّوابُ الجارِى عليه على وَجْهِ الدَّوامِ ، وإنَّما قَدَّمْنا الأقارِبَ على المَساكِينِ ؛ لكَوْنِهم أوْلَى ، فإذا لم يَكُونُوا ، فالمَساكِينُ أهْلٌ لذلك ، فصُرِفَ إليهم ، إلَّا على قَوْلِ مَن قال : إنَّه يُصْرَفُ إلى وَرَثَةِ الواقِفِ مِلْكًا لهم . فإنَّه يُصْرَفُ عندَ عَدَمِهم إلى بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه بَطَل الوَقْفُ فيه بانْقِطاعِه ، فصار مِيراثًا لا وارِثَ له ، فكان بَيْتُ المالِ أوْلَى به .

الإنصاف

تنبيه : لو لم يكُنْ للواقِفِ أقارِبُ ، رجَع على الفُقَراءِ والمَساكِينِ . على الصَّحيحِ . جزَم به ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وقال ابنُ أبى مُوسى : يُباعُ ، ويُجْعَلُ ثمَنُه فى المَساكِينِ . وقيل : يُصْرَفُ إلى بَيْتِ المالِ لمَصالحِ المُسْلِمِين . نصَّ عليه فى رِوايةِ ابنِ إبْراهِيمَ ، وأبى طالِبٍ ، وغيرِهما . وقطَع به [2]أبو الخَطَّابِ ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، وغيرُهما[2] . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . وفى أصْلِ

---

(١) فى م : « أو المساكين » .

(٢ - ٢) فى ط : « فى المحرر وغيره » .

الشرح الكبير

فصل : وإن وَقَف على مَن يجوزُ ، ثم على مَن لا يجوزُ ، كمَن وَقَف على أوْلادِه ، ثم على البِيَعِ ، صَحَّ الوَقْفُ أيضًا ، ويَرْجِعُ بعدَ انْقِراضِ مَن

الإنصاف

المَسْأَلَةِ ، ما قالَه القاضى فى مَوْضِعٍ مِن كلامِه ، أنَّه يكونُ وَقْفًا على المَساكِينِ ، والمَوْضِعُ الذى قالَه القاضى فيه ، هو فى كِتابِه « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، قالَه الحارِثِىُّ ، وهو رِوايَةٌ ثالثةٌ عن أحمدَ . اخْتارَها جماعةٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم الشَّرِيفَان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ ، والقاضى أبو الحُسَيْنِ . قالَه الحارِثِىُّ . واخْتارَه المُصَنِّفُ أيضًا . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . قال النَّاظِمُ : هى أُوْلَى الرِّواياتِ . قال الحارِثِىُّ : وهذا لا أعْلَمُه نصًّا عن أحمدَ . قال المُصَنِّفُ : إنْ كان فى أقارِبِ الواقِفِ فُقَراءُ ، فهم أوْلَى به ، لا على الوُجوبِ . وعنه رِوايَةٌ رابعةٌ ، يُصْرَفُ فى المَصالحِ . جزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، وقال : نصَّ عليه . قال : ونصَرَه القاضى ، وأبو جَعْفَرٍ . قال الزَّرْكَشِىُّ : أنصُّ الرِّواياتِ أنْ يكونَ فى بَيْتِ المالِ ؛ يُصْرَفُ فى مَصالِحِهم . فعلى هاتَيْن الرِّوايتَيْن ، يكونُ وَقْفًا أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، يرْجِعُ [٢٤٢/٢ظ] إلى مِلْكِ واقِفِه الحَىِّ . ونقَل حَرْبٌ ، أنَّه ، قِبَلَ ورَثَتِه ، لوَرَثَةِ المَوْقُوفِ عليه . ونقَل المَرُّوذِىُّ ، إنْ وقَف على عَبيدِه ، لم يسْتَقِمْ . قلتُ : فيَعْتِقُهم ؟ قال : جائزٌ . فإنْ ماتُوا ولهم أوْلادٌ ، فهو لهم ، وإلَّا فللعَصَبَةِ ، فإنْ لم يكُنْ عصَبَةٌ ، بِيعَ وفُرِّقَ على الفُقَراءِ .

فائدة : للوَقْفِ صِفاتٌ ؛ إحْداها ، مُتَّصِلُ الابْتِداءِ والوَسَطِ والانْتِهاءِ . الثَّانيةُ ، مُنْقَطِعُ الابْتِداءِ ، مُتَّصِلُ الانْتِهاءِ . الثَّالثةُ ، مُتَّصِلُ الابْتِداءِ ، مُنْقَطِعُ الانْتِهاءِ ، عكْسُ الذى قبلَه . الرَّابعَةُ ، مُتَّصِلُ الابْتِداءِ والانْتِهاءِ ، مُنْقَطِعُ الوَسَطِ . الخامسةُ ، عَكْسُ

الشرح الكبير

يجوزُ الوَقْفُ عليه إلى مَن يُصْرَفُ إليه الوَقْفُ المُنْقَطِعُ ، كالمسألَةِ قبلَها ؛ لأنَّ ذِكْرَ مَن لا يجوزُ الوَقْفُ عليه وعَدَمَه واحِدٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ الوَقْفُ ؛ لأنَّه جَمَع بينَ ما يجوزُ وما لا يجوزُ ، فأشْبَهَ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ هذا . وسَكَتَ ، أو قال : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ . ولم يَذْكُرْ سَبِيلَه ، فلا نَصَّ فيه . وقال ابنُ حامِدٍ : يَصِحُّ الوَقْفُ . قال

الإنصاف

الذى قبلَه ، مُنْقَطِعُ الطَّرَفَيْن ، صحيحُ الوَسَطِ . وأمْثِلَتُها واضِحَةٌ ، وكلُّها صحيحةٌ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وخُرِّجَ وَجْهٌ بالبُطْلانِ فى الوَقْفِ المُنْقَطِعِ مِن تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ، على ما تقدَّم ، ورِوايَةٌ بأنَّه يُصْرَفُ فى المَصالحِ . (1)قال فى « الرِّعايَةِ » ، فى مُنْقَطِعِ الآخِرِ : صحَّ فى الأصحِّ(1) . السَّادِسَةُ ، مُنْقَطِعُ الأوَّلِ والوَسَطِ . والأخيرِ ؛ مِثْلَ أنْ يَقِفَ على مَن لا يصِحُّ الوَقْفُ عليه ، ويسْكُتَ ، أو يذْكُرَ مالا يصِحُّ الوَقْفُ عليه أيضًا ، فهذا باطِلٌ ، بلا نِزاعٍ بينَ الأصحابِ . فالصِّفَةُ الأُولَى ، هى الأَصْلُ فى كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، والصِّفَةُ الثَّانيةُ ، تُؤْخَذُ مِن كلامِ المُصَنِّفِ ، حيثُ قال : وكان كما لو وقَف على مَن لايجوزُ ، ثُم على مَن يجوزُ . والصِّفَةُ الثَّالثَةُ ، تؤْخَذُ مِن كلامِه أيضًا ؛ حيثُ قال : وإنْ وقَف على جِهَةٍ تَنْقَطِعُ ، ولم يذكُرْ له مآلًا ، أو على مَن يجوزُ ، ثم على مَن لا يجوزُ . والرَّابعَةُ ، والخامِسَةُ ، لم يذْكُرْهما المُصَنِّفُ ، لكِنَّ الحُكْمَ واحِدٌ .

قوله : أو قالَ : وَقَفْتُ . وسكَت . يعْنِى ، أنَّ قَوْلَه : وَقَفْتُ . ويسْكُتُ ، حُكْمُه حُكْمُ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ ، فالوَقْفُ صحيحٌ عندَ الأصحابِ ، وقَطَعوا به . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : على الصَّحيحِ عندَنا . انتهى . فظاهِرُه ، أنَّ فى الصِّحَّةِ خِلافًا . فعلى المذهبِ ، حُكْمُه حُكْمُ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ فى مَصْرِفِه . على

(1 - 1) سقط من : الأصل .

المقنع وَإنْ قَالَ : وَقَفْتُهُ سَنَةً . لَمْ يَصِحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيُصْرَفُ بَعْدَهَا

الشرح الكبير القاضى : هو قِياسُ قَوْلِ أحمدَ ، فإنَّه قال فى النَّذْرِ المُطْلَقِ : يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لكَفَّارَةِ اليَمِينِ . وهو قولُ مالِكٍ ، والشافعىِّ فى أحَدِ قَوْلَيْه ؛ لأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، فوَجَبَ أن يَصِحَّ مُطْلَقًا ، كالأُضْحِيَةِ ، والوَصِيَّةِ . ولو قال : وَصَّيْتُ بثُلُثِ مالِى . صَحَّ ، وإذا صَحَّ صُرِف إلى مصارِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ عندَ انْقِراضِ المَوْقُوفِ عليه ، كما ذَكَرْنا .

٢٥٦٩ – مسألة : [٥/٢٢٠و] (وإن قال : وَقَفْتُ دارِى سَنَةً) أو إلى يَوْمِ يَقْدَمُ الحاجُّ (لم يَصِحَّ) فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ مُقْتَضَى الوَقْفِ

الإنصاف الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما قالَه المُصَنِّفُ هنا . وقطَع به القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . واخْتارَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » وغيرُه . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وقال : نصَّ عليه . وقال القاضى وأصحابُه : يُصْرَفُ فى وُجوهِ البِرِّ . قال الحارِثِىُّ : الوَجْهُ الثَّانى ، يُصْرَفُ فى وُجوهِ البِرِّ والخَيْرِ . قطَع به القاضى فى « التَّعْليقِ الكَبيرِ » ، و « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، وأبو علِىِّ بنُ شِهَابٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « الخِلافِ الصَّغِيرِ » ، والشَّرِيفَان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ ، وأبو الحُسَيْنِ القاضى ، والعُكْبَرِىُّ فى آخرِينَ . وفى عِبارَةِ بعضِهم ، وكان لجماعَةِ المُسْلِمين . وفى بعضِها ، صُرِفَ فى مَصالحِ المُسْلِمين . والمَعْنَى مُتَّحِدٌ . انتهى . قال فى « عُيونِ المَسائلِ » ، فى هذه المَسْأَلَةِ وفى قوْلِه : تصَدَّقْتُ به . تكونُ لجماعَةِ المُسْلِمين .

قوله : وإنْ قالَ : وقَفْتُه سَنَةً . لم يَصِحَّ . هذا المذهبُ . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا

المقنع

مَصْرِفَ الْمُنْقَطِعِ .

الشرح الكبير

التَّأْبِيدُ ، وهذا يُنافِيه . والوَجْهُ الآخَرُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه مُنْقَطِعُ الانْتِهاءِ ، فهو كما لو وَقَف على مُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ . فإن قلنا : يَصِحُّ . فهو كمُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ ، يُصْرَفُ إلى مَصْرِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ .

فصل : فإن قال : هذا وَقْفٌ على وَلَدِى سَنَةً ، ثم على المَساكِينِ . صَحَّ . وكذلك إن قال : وَقْفٌ على وَلَدِى مُدَّةَ حَياتِى ، ثم هو بعدَ مَوْتِى للمَساكِينِ . صَحَّ ؛ لأنَّه وَقْفٌ مُتَّصِلُ الابْتداءِ والانْتِهاءِ . وإن قال : وَقْفٌ على المَساكِينِ ، ثم على أوْلادِى . صَحَّ ، ويَكونُ وَقْفًا على المَساكِينِ ، ويَلْغُو قَوْلُه : على أوْلادِى . لأنَّ المَساكِينَ لا انْقِراضَ لهم .

الإنصاف

المذهبُ . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِيِّ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . ويَحْتَمِلُ أنْ يَصِحَّ ، ويُصْرَفَ بعدَها مَصْرِفَ المُنْقَطِعِ ، يعْنِى مُنْقَطِعَ الانْتِهاءِ ، وهو وَجْهٌ ذكَرَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقيل : يصِحُّ ، ويلْغُو توْقِيتُه .

فائدة : لو وقَفَه على وَلَدِه سنَةً ، ثم على زَيْدٍ سنَةً ، ثم على عَمْرٍو سنَةً ، ثم على المَساكِينِ ، صحَّ ؛ لاتِّصالِه ابْتِداءً وانْتِهاءً . وكذا لو قال : وَقَفْتُه على وَلَدِى مُدَّةَ حياتِى ، ثُم على زَيْدٍ ، ثم على المَساكِينِ . صحَّ .

المقنع وَلَا يُشْتَرطُ إِخْرَاجُ الْوَقْفِ عَنْ يَدِهِ ، فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٥٧٠** - مسألة : (ولا يُشْتَرَطُ إخْراجُ الوَقْفِ عن يَدِه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن) ظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّ الوَقْفَ يَزُولُ به مِلْكُ الواقِفِ ، ويَلْزَمُ بمُجَرَّدِ اللَّفْظِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ يَحْصُلُ به . وعن أحمدَ ، أنَّه لا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ وإخْراجِ الوَقْفِ عن يَدِه ؛ فإنَّه قال : الوَقْفُ المَعْرُوفُ أن يُخْرِجَه مِن يَدِه إلى غيرِه ، يُوَكِّلَ فيه مَن يَقُومُ به . اخْتارَه ابنُ أبى موسى ، وهو قولُ محمدِ بنِ الحَسَنِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بمالٍ لم يُخْرِجْه عن المالِيَّةِ ، فلم يَلْزَمْ بمُجَرَّدِه ، كالهِبَةِ ، والوَصِيَّةِ . ولَنا ، ما رَوَيْناه مِن حَدِيثِ عُمَرَ ، ولأنَّه تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ البَيْعَ والهِبَةَ والمِيراثَ ، فيَلْزَمُ[1] بمُجَرَّدِه ، كالعِتْقِ ، ويُفارِقُ الهِبَةَ ؛ فإنَّها تَمْلِيكٌ مُطْلَقٌ ، والوَقْفُ تَحْبِيسُ الأَصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، فهو بالعِتْقِ أشْبَهُ ، وإلْحاقُه به أوْلَى .

الإنصاف قوله : ولا يُشْتَرَطُ إخْراجُ الوَقْفِ عن يَدِه ، فى إحْدَى الرِّوَايتَيْن . وهو المذهبُ ، وعليه الجُمْهورُ . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : هذا ظاهرُ المذهبِ . واخْتارَه القاضى ، وأصحابُه . وجزَم به فى « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهو الأَشْبَهُ ، واخْتِيارُ أكثرِ الأصحابِ ، والمَنْصورُ عندَهم فى الخِلافِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المَشْهورُ والمُخْتارُ المَعْمولُ به مِنَ الرِّوايتَيْن . وعنه ، يُشْتَرَطُ أنْ يُخْرِجَه عن يَدِه . قطَع به أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبى

(١) فى الأصل : « فلم يلزم » .

الإنصاف

مُوسى فى « كِتابَيْهِما » . وقدَّمه الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » ، واخْتارَه . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . ويأْتِى التَّنْبِيهُ على هذا أيضًا ، عندَ قوْلِ المُصَنِّفِ : والوَقْفُ عَقْدٌ لازِمٌ . قال فى « الفُروعِ » : ورأَيْتُ بعضَهم قال : قال القاضى فى « خِلافِه » : لا يخْتَلِفُ مذهبُه ، أنَّه إذا لم يكُنْ يصْرِفُه فى مَصارِفِه ، ولم يُخْرِجْه عن يَدِه ، أنَّه يقَعُ باطِلًا . انتهى . فعلى القَوْلِ بالاشْتِراطِ ، فالمُعْتَبَرُ عندَ أحمدَ التَّسْلِيمُ إلى ناظِرٍ يقومُ به . قالَه الحارِثِىُّ ، وقال : وبالجُمْلَةِ ، فالمَساجِدُ والقَناطِرُ والآبارُ ، ونحوُها يكْفِى التَّخْلِيَةُ بين النَّاسِ وبينَها ، مِن غيرِ خِلافٍ . قال : والقِياسُ يقْتَضِى التَّسْليمَ إلى المُعَيَّنِ المَوْقُوفِ عليه ، إذا قيلَ بالانْتِقالِ إليه ، وإلَّا ، فإلى النَّاظِرِ أو الحاكِمِ . انتهى . وعلى القَوْلِ بالاشْتِراطِ أيضًا ، لو شرَط نظَرَه لنَفْسِه ، سلَّمه لغيرِه ، ثم ارْتَجَعَه منه . قالَه فى « الفُروعِ » . قال الحارِثِىُّ : وأمَّا التَّسْلِيمُ إلى مَن يَنْصِبُه هو ، [٢/٢٤٣و] فالمَنْصوبُ ؛ إمَّا غيرُ ناظِرٍ ، فوَكِيلٌ مَحْضٌ يَدُه كيَدِه ، وإمَّا ناظِرٌ ، فالنَّظَرُ لا يجِبُ شرْطُه لأجْنَبِىٍّ ، فالتَّسْليمُ إلى الغيرِ غيرُ واجِبٍ . انتهى . قلتُ : وهذا هو الصَّوابُ .

فائدة : إذا قُلْنا بالاشْتِراطِ ، فهل هو شَرْطٌ لصِحَّةِ الوَقْفِ ، أو للُزومِه ؟ ظاهِرُ كلامِ جماعةٍ ؛ منهم صاحِبُ « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم ، أنَّه شَرْطٌ للُّزومِ ، لا شَرْطٌ للصِّحَّةِ . ويَحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ . وصرَّح به الحارِثِىُّ ، فقال : وليس شَرْطًا فى الصِّحَّةِ ، بل شرْطٌ للُّزومِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وصرَّح به أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . قالَه فى « القاعِدَةِ التَّاسعَةِ والأرْبَعِين » . فعلى هذا ، قال ابنُ أبِى مُوسى ، والسَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » ،

المقنع

فَصْلٌ : وَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْوَقْفَ . وَعَنْهُ لَا يَمْلِكُهُ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ويَمْلِكُ المَوْقُوفُ عليه الوَقْفَ . وعنه ، لا يَمْلِكُه) ظاهِرُ المَذْهَبِ ، أنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ فى المَوْقُوفِ إلى المَوْقُوفِ عليه . قال أحمدُ : إذا وَقَف دارَه على وَلَدِ أخِيه ، صارتْ لهم . وهذا يَدُلُّ على أنَّهم مَلَكُوه . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه لا يُمْلَكُ ، فإنَّ جماعَةً نَقَلُوا عنه ، فى مَن وَقَف على وَرَثَتِه فى مَرَضِه : يجوزُ ؛ لأنَّه لا يُباعُ ولا يُورَثُ ، ولا يَصِيرُ مِلْكًا للوَرَثَةِ ، وإنَّما يَنْتَفِعُون بغَلَّتِها . وهذا يَدُلُّ بظاهِرِه

الإنصاف

وغيرُهم : إنْ ماتَ قبلَ إخْراجِه وحِيازَتِه ، بطَل ، وكان مِيراثًا . قالَه الحارِثِىُّ وغيرُه . قلتُ : وفيه نظَرٌ ، بل الأَوْلَى هنا ، اللُّزومُ بعدَ الموتِ . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، أنَّ الخِلافَ فى صِحَّةِ الوَقْفِ . وصرَّح به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهم ، فقالوا : هل يُشْتَرَطُ فى صِحَّةِ الوَقْفِ إخْراجُه عن يَدِ الواقِفِ ؟ على رِوايتَيْن . قال فى « الخُلاصَةِ » : لا يُشْتَرَطُ فى صِحَّةِ الوَقْفِ إخْراجُه عن يَدِه .

قوله : ويَمْلِكُ المَوْقُوفُ عليه الوَقْفَ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : هذا ظاهِرُ المذهبِ . وقطَع به القاضى ، وابنُه ، والشَّرِيفان ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىُّ ، وابنُ بَكْروسٍ ، وغيرُهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، لا يَمْلِكُه . بل هو مِلْكٌ للهِ . وهو ظاهِرُ اخْتِيارِ ابنِ أبى مُوسى ؛ قِياسًا على العِتْقِ . قالَه الحارِثِىُّ . قال الحارِثِىُّ : وبه أقولُ . وعنه ، مِلْكٌ للواقِفِ . ذكَرَها أبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ . قال الحارِثِىُّ : ولم يُوافِقْهما على ذلك أحدٌ مِن مُتَقَدِّمِى أهْلِ المذهبِ ، ولا مُتَأَخِّرِيهم . انتهى . وقد ذكَرَها مَن بعدَهم مِنَ الأصحابِ ؛ كصاحِبِ « الفُروعِ » ، والزَّرْكَشِىِّ ، وغيرِهم . قال ابنُ رَجَبٍ

الشرح الكبير

على أنَّهم لا يَمْلِكُون . ويَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ بقَوْلِه : لا يَمْلِكُون . أى لا يَمْلِكُون التَّصَرُّفَ فى الرَّقَبَةِ ، فإنَّ فائِدَةَ المِلْكِ وآثارَه ثابِتَةٌ فى الوَقْفِ . وعن الشافعىِّ مِن الاخْتِلافِ نحوُ ما حَكَيْناه . وقال أبو حنيفةَ : لا يَنْتَقِلُ المِلْكُ فى الوَقْفِ اللَّازِمِ ، بل يكونُ حَقًّا للهِ تعالى ؛ لأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ عن العَيْنِ والمَنْفَعَةِ [٥/٢٢٠ظ] على وَجْهِ القُرْبَةِ بتَمْلِيكِ المَنْفَعَةِ ، فانْتَقَلَ إلى اللهِ تعالى ، كالعِتْقِ . ولَنا ، أنَّه سَبَبٌ يُزِيلُ مِلْكَ الواقِفِ ، وُجِدَ [1] إلى مَن يَصِحُّ تَمْلِيكُه على وَجْهٍ لم يُخْرِجِ المالَ عن مالِيَّتِه ، فوَجَب أن يَنْقُلَ المِلْكَ إليه ، كالهِبَةِ والبَيْعِ ، ولأنَّه لو كان تَمْلِيكَ المَنْفَعَةِ المُجَرَّدَةِ ، لم يَلْزَمْ ، كالعارِيَّةِ والسُّكْنَى ، ولم يَزُلْ مِلْكُ الواقِفِ عنه ، كالعارِيَّةِ ، ويُفارِقُ العِتْقَ ، فإنَّه أخْرَجَه عن المالِيَّةِ ، وامْتِناعُ التَّصَرُّفِ فى الرَّقَبَةِ لا يَمْنَعُ المِلْكَ ، كأُمِّ الوَلَدِ .

الإنصاف

فى « فَوائدِه » : وعلى رِوايَةِ أنَّه لا يَمْلِكُه ، فهل هو مِلْكٌ للواقِفِ ، أو للهِ ؟ فيه خِلافٌ .

تنبيه : لهذا الخِلافِ فَوائدُ كثيرةٌ . منها ماذكَرَه المُصَنِّفُ هنا ؛ فمنها ، لو وَطِئَ الجارِيَةَ المَوْقوفَةَ ، فلا حدَّ عليه ، ولا مَهْرَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال الحارِثِىُّ : ويتَّجِهُ أنْ يَنْبَنِىَ على المِلْكِ إنْ جعَلْناه له ، فلا حدَّ ، وإلَّا فعليه الحَدُّ . قال : وفى « المُغْنِى » وَجْهٌ بوُجوبِ الحدِّ فى وَطْءِ المُوصَى له بالمَنْفَعَةِ . قال : لأنَّه لا يملِكُ إلَّا المَنْفَعَةَ ، فلَزِمَه كالمُسْتأْجِرِ . قال الحارِثِىُّ :

---

(١) فى م : « وجه » .

المقنع

وَيَمْلِكُ صُوفَهُ وَلَبَنَهُ وَثَمَرَتَهُ وَنَفْعَهُ . وَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ الْجَارِيَةِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا مَهْرَ . وَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ فَهُوَ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، يُشْتَرَى بِهَا مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، ....

الشرح الكبير

٢٥٧١ – مسألة : (ويَمْلِكُ صُوفَه ولَبَنَه وثَمَرَتَه ونَفْعَه) لأنَّه نماءُ مِلْكِه . ولا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا .

٢٥٧٢ – مسألة : (وليس له وَطْءُ الجارِيَةِ ، فإن فَعَل ، فلا حَدَّ عليه ولا مَهْرَ) لا يجوزُ للمَوْقُوفِ عليه وَطْءُ الأمَةِ المَوْقُوفَةِ ؛ لأنَّا لا نَأْمَنُ حَبَلَها ، فتَنْقُصُ أو تَتْلَفُ أو تخرُجُ مِن الوَقْفِ بكَوْنِها أُمَّ وَلَدٍ ، ولأنَّ مِلْكَه ناقِصٌ . فإن وَطِئَ ، فلا حَدَّ عليه ؛ للشُّبْهَةِ ، ولا مَهْرَ عليه ؛ لأنَّه لو وَجَب لوَجَبَ له ، ولا يَجِبُ للإنْسانِ شئٌ على نَفْسِه .

٢٥٧٣ – مسألة : وإن وَلَدَتْ ، فالوَلَدُ حُرٌّ ؛ لأنَّه مِن وَطْءِ شُبْهَةٍ (وعليه قِيمَتُه) يومَ الوَضْعِ ، يُشْتَرَى بها عَبْدٌ مكانَه ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّه ،

الإنصاف

فيَطَّرِدُ الحدُّ هنا على القَوْلِ بعدَمِ المِلْكِ ، إلَّا أنْ يَدَّعِيَ الجَهْلَ ، ومِثْلُه يجْهَلُه . ومنها ، قولُه : وإنْ أَتَتْ بوَلَدٍ ، فهو حُرٌّ ، وعليه قِيمَتُه يُشْتَرَى بها ما يَقُومُ مَقامَه ، وتصِيرُ أُمَّ وَلَدِه تَعْتِقُ بمَوْتِه . يعْنِى ، تصيرُ أمَّ وَلَدٍ ؛ إنْ قُلْنا : هى مِلْكٌ له . وإنْ قُلْنا : لا يَمْلِكُها . لم تصِرْ أمَّ وَلَدٍ ، وهى وَقْفٌ بحالِها .

قوله : وعليه قِيمَتُه . يعْنِى قِيمَةَ الوَلَدِ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَلْزَمَه قِيمَةُ الوَلَدِ ، إذا أوْلَدَها . وعَزاه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » إلى اخْتِيارِ أبى الخَطَّابِ .

المقنع

وَتَصِيرُ أُمَّ وَلَدِهِ ، تَعْتِقُ بِمَوْتِهِ ، وَتَجِبُ قِيمَتُهَا فِى تَرِكَتِهِ ، وَيُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا وَتكُونُ وَقْفًا .

الشرح الكبير

وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّه أحْبَلَها بحُرٍّ فى مِلْكِه . فإذا مات عَتَقَتْ (وتَجِبُ قِيمَتُها فى تَرِكَتِه) لأنَّه أتْلَفَها على مَن بعدَه مِن البُطُونِ ، فيُشْتَرَى بها جارِيَةٌ (تكونُ وَقْفًا) مكانَها . وإن قُلْنا : لا يَمْلِكُها المَوْقُوفُ عليه . لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ له بذلك ؛ لأنَّها أجْنَبِيَّةٌ .

فصل : (1) فإن أعْتَقَ العَبْدَ المَوْقُوفَ (1) ، لم يَنْفُذْ عِتْقُه ؛ لأنَّه يَتَعَلَّقُ به حَقُّ غيرِه ، ولأنَّ الوَقْفَ لازِمٌ ، فلا يَتَمَكَّنُ مِن إبْطالِه . فإن كان نِصْفُ العَبْدِ وَقْفًا ونِصْفُه طَلْقًا ، فأعْتَقَ صاحِبُ الطَّلْقِ ، لم يَسْرِ عِتْقُه إلى الوَقْفِ ؛ لأنَّه إذا لم يَعْتِقْ بالمُباشَرَةِ فبالسِّرايَةِ أوْلَى .

الإنصاف

قوله : وتَجِبُ قِيمَتُها فى تَرِكَتِه ، يُشْتَرَى بها مثلُها تَكُونُ وَقْفًا . هذا المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وقيل : تُصْرَفُ قِيمَتُها للبَطْنِ الثَّانى ، إنْ تَلَقَّى الوَقْفَ مِن واقِفِه . ذكَره فى « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، وقال : فدَلَّ على خِلافٍ . وقال فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » ، و « المُغْنِى » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، وغيرِهم : البَطْنُ الثَّانى يَتَلَقَّوْنه مِن واقِفِه ، لا مِنَ البَطْنِ الأوَّلِ . وصحَّحه الطُّوفِىُّ فى « قَواعِدِه » . فلهم اليَمِينُ مع شاهِدِهم ؛ لثُبوتِ الوَقْفِ ، مع امْتِناعِ بعضِ البَطْنِ الأوَّلِ منها . قال فى الفائقِ : وهل يتَلَقَّى البَطْنُ الثَّانِى الوَقْفَ مِنَ البَطْنِ الذى قبلَه ، أو مِنَ الواقِفِ ؟ فيه وجْهان .

(1 - 1) فى الأصل ، م : « أعتقها » .

المقنع

وَإِنْ وَطِئَهَا أَجْنَبِىٌّ بِشُبْهَةٍ ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لِأَهْلِ الْوَقْفِ وَقِيمَةُ الْوَلَدِ . وَإِنْ تَلِفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، يُشْتَرَى بِهَا مِثْلُهَا ، ....

الشرح الكبير

٢٥٧٤ – مسألة : (وإن وَطِئَها أَجْنَبِىٌّ بشُبْهَةٍ ، فالوَلَدُ حُرٌّ) لاعْتِقادِه أنَّه يَطَأُ فى مِلْكِه ، وإن كان الواطِئُ عَبْدًا (وعليه المَهْرُ لأَهْلِ الوَقْفِ) لأَنَّه وَطِئَ جارِيَتَهم فى غيرِ مِلْكٍ ، أشْبَهَ الأمَةَ المُطْلَقَةَ ، وتَجِبُ قِيمَتُه ؛ لأَنَّه كان مِن سَبِيلِه أن يكونَ مَمْلُوكًا ، فمنعَه اعْتِقادُ الحُرِّيَّةِ مِن الرِّقِّ ، فوَجَبَتْ قِيمَتُه ، يُشْتَرَى بها عَبْدٌ يكونُ وَقْفًا ، وتُعْتَبَرُ قِيمَتُه يومَ تَضَعُه حَيًّا ؛ لأَنَّه لا يُمْكِنُ تَقْوِيمُه قبلَ ذلك . وإن وَطِئَها مُكْرَهَةً أو طاوَعَتْه ، فعليه الحَدُّ إذا انْتَفَتِ الشُّبْهَةُ ، والمَهْرُ لأَهْلِ الوَقْفِ ؛ لأَنَّه وَطِئَ جارِيَةَ غيرِه ، ويكونُ وَلَدُها وَقْفًا معها ؛ لأَنَّه تَبَعٌ لها .

٢٥٧٥ – مسألة : (وإن تَلِفَتْ ، فعليه قِيمَتُها ، يُشْتَرَى بها مِثْلُها) سواءٌ أَتْلَفَها أجْنَبِىٌّ أو الواقِفُ ، كما لو أَتْلَفَ غيرَ الوَقْفِ . وإن أتْلَفَه المَوْقُوفُ عليه ، فعليه قِيمَتُه أيضًا ، يُشْتَرَى بها مِثْلُه [٥/٢٢١و]

الإنصاف

قوله : وإنْ وَطِئَها أَجْنَبِىٌّ بشُبْهَةٍ ، فأَتَتْ بوَلَدٍ ، فالوَلَدُ حُرٌّ . وعليه المَهْرُ لأَهْلِ الوَقْفِ وقِيمَةُ الوَلَدِ ، وإنْ تَلِفَتْ ، فعليه قِيمَتُها ، يُشْتَرَى بهما مثلهما . يعْنِى ، يُشْتَرَى بقِيمَةِ الوَلَدِ وقِيمَةِ أُمِّه ، إذا تَلِفَتْ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يشْتَرِى بهما مِثْلَهما ، إنْ بلَغ ، أو شِقْصًا ، إن لم يبْلُغْ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ .

المقنع وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قِيمَةَ الْوَلَدِ هَهُنَا ، وَلَا يَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ إِنْ أَوْلَدَهَا .

الشرح الكبير يَقُومُ مَقامَه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى رَقَبَتِه ، إنَّما له نَفْعُه (ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ) المَوْقُوفُ عليه (قِيمَةَ الوَلَدِ) فيما إذا وَطِئَها أجْنَبِىٌّ بشُبْهَةٍ ، فأتَتْ بوَلَدٍ (ولا يَلْزَمُه قِيمَتُه إن أوْلَدَها) لذلك .

الإنصاف ويَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ قِيمَةَ الوَلَدِ ههنا . يعْنِى ، يَمْلِكُ المَوْقُوفُ عليه قِيمَةَ الوَلَدِ هنا ، على هذا الاحْتِمالِ . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ . قالَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » .

فائدة : لو أتْلَفَها إنْسانٌ ، لَزِمَه قِيمَتُها ، يُشْتَرى بها مِثْلُها . وإنْ حصَل الإتْلافُ فى جُزْءٍ بها ، كقَطْعِ طَرَفٍ مثَلًا ، فالصَّحيحُ أنَّه يُشْتَرَى بأَرْشِها شِقْصٌ يكونُ وَقْفًا . قالَه الحارِثِىُّ . وجزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقيل : يكونُ للمَوْقوفِ عليه . وهما احْتِمالان مُطْلَقان فى « التَّلْخيصِ » . وإنْ جنَى عليها مِن غيرِ إتْلافٍ ، فالأَرْشُ للمَوْقوفِ عليه . قالَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه .

فائدةٌ أُخْرَى[1] : لو قتَل المَوْقوفَ عَبْدٌ مكافِئٌ . فقال فى « المُغْنِى »[2] : الظَّاهِرُ أنَّه لا يجِبُ القِصاصُ ؛ لأنَّه محَلٌّ لا يخْتَصُّ به المَوْقوفُ عليه [٢/٢٤٣ظ] ، فلم يَجُزْ أنْ يقْتَصَّ مِن قاتِلِه ، كالعَبْدِ المُشْتَرَكِ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : وتَحْريرُ قَوْلِه فى « المُغْنِى » ، أنَّ العَبْدَ المَوْقوفَ مُشْتَرَكٌ بينَ المُلَّاكِ ، ومِن شَرْطِ اسْتِيفاءِ القِصاصِ ، مُطالَبَةُ كلِّ الشُّرَكاءِ ، وهو مُتَعَذِّرٌ . قال : وفيه بَحْثٌ ، وذكَرَه ، ومالَ إلى وُجوبِ القِصاصِ .

---

(١) زيادة من : ا .
(٢) المغنى ٨/٢٢٦ .

المقنع

وَلَهُ تَزْوِيجُ الْجَارِيَةِ وَأَخْذُ مَهْرِهَا ، وَوَلَدُهَا وَقْفٌ مَعَهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَهُ .

الشرح الكبير

٢٥٧٦ – مسألة : (وله تَزْوِيجُ الأمَةِ وأخْذُ مَهْرِها ، ووَلَدُها وَقْفٌ معها . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَه) يجوزُ للمَوْقُوفِ عليه تَزْوِيجُ الأمَةِ المَوْقُوفةِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعَتِها ، أشْبَهَ الإجارَةَ ، ولأنَّ المَوْقُوفَ عليه لا يَمْلِكُ اسْتِيفاءَ هذه المَنْفَعَةِ ، فلا يتضَرَّرُ بتَمْلِيكِ غيرِه إيّاها ، والمَهْرُ للمَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه بَدَلُ نَفْعِها ، أشْبَهَ الأُجْرَةَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ تَزْوِيجُها ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعَتِها فى العُمُرِ ، فيُفْضِى إلى تَفْوِيتِ مَنْفَعَتِها فى حَقِّ البَطْنِ الثانِى ، ولأنَّ النِّكاحَ يتعَلَّقُ به حُقُوقٌ ؛ مِن وُجُوبِ تَمْكِينِ الزَّوْجِ مِن اسْتِمْتاعِها ، ومَبِيتِها عندَه ، فتَفُوتُ خِدْمَتُها فى اللَّيْلِ على البَطْنِ الثانِى . فإن طَلَبَتِ التَّزْوِيجَ وَجَب تَزْوِيجُها ؛ لأنَّه حَقٌّ لها طَلَبَتْه ، فتَعَيَّنَتِ الإجابَةُ إليه ، وما فات مِن الحَقِّ به ، يَفُوتُ تَبَعًا لإيفائِها حَقَّها ، فلا يكونُ مانِعًا

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وَقْفِيَّةُ البَدَلِ بنَفْسِ الشِّراءِ ؛ لاسْتِدْعاءِ البَدَلِيَّةِ ثُبوتَ حُكْمِ الأَصْلِ للبَدَلِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ الوَجْهَيْن ، وقطَع به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ وغيرِه ، أنَّه لابُدَّ مِن إنْشاءِ عَقْدِ الوَقْفِ ، فإنَّه قال : وإذا خَرِبَ الوَقْفُ ، ولم يرُدَّ شيئًا ، بِيعَ واشْتُرِى بثَمَنِه ما يُرَدُّ على أهْلِ الوَقْفِ ، وجُعِلَ وَقْفًا كالأَوَّلِ . قال الحارِثِىُّ : وكذا نصَّ أبو عبدِ اللهِ فى رِوايةِ بَكْرِ بنِ محمدٍ . قال : وبهذا أقولُ . ويأْتِى فى آخِرِ بَيْعِ الوَقْفِ بأَتَمَّ مِن هذا ، وكلامُ الزَّرْكَشِىِّ وغيرِه .

ومِن فوائدِ الخِلافِ ، قوْلُ المُصَنِّفِ : وله تَزْويجُ الجارِيَةِ . يعْنِى ، إذا قُلْنا :

المقنع وَإِنْ جَنَى الْوَقْفُ خطأً ، فَالْأَرْشُ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ

الشرح الكبير مِن تَزْوِيجِها ، كغيرِ المَوْقُوفةِ إذا طَلَبتْ ذلك . وإذا زَوَّجها فولَدَتْ مِن الزَّوْجِ ، فوَلَدُها وَقْفٌ معها؛ لأنَّ وَلَدَ كلِّ ذاتِ رَحِمٍ حُكْمُه حُكْمُها ؛ كأُمِّ الوَلَدِ ، والمُكاتَبَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ المَوْقُوفُ عليه وَلَدَها ؛ لأنه مِن نمائِها .

٢٥٧٧ –مسألة : (وإن جَنَى الوَقْفُ خطَأً ، فالأَرْشُ على المَوْقُوفِ

الإنصاف يَمْلِكُ المَوْقوفُ عليه الوَقْفَ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، يُزَوِّجُها الحاكِمُ . وعلى الثَّالثةِ ، يُزَوِّجُها الواقِفُ . قالَه الزَّرْكَشِيُّ ، وابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » ، والحارِثِيُّ . لكِنْ إذا زوَّجَ الحاكِمُ ، اشْتُرِطَ إذْنُ المَوْقوفِ عليه ، قالَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وهو واضِحٌ . وكذا إذا زوَّجها الواقِفُ . قالَه الزَّرْكَشِيُّ مِن عندِه . قلتُ : هو مُرادُ مَن لم يذْكُرْه قَطْعًا . وقد طرَّدَه الحارِثِيُّ فى الواقِفِ والنَّاظِرِ ، إذا قيلَ بوِلايَتِهما . وقيل : لا يجوزُ تزْويجُها بحالٍ ، إلَّا إذا طَلَبَتْه . وهو وَجْهٌ فى « المُغْنِى » . قال فى « الرِّعايَةِ » : ويَحْتَمِلُ مَنْعَ تزْويجِها ، إنْ لم تَطْلُبْه .

قوله : وَوَلَدُها وقْفٌ معَها –هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ –ويَحْتَمِلُ أنْ يَمْلِكَه المَوْقوفُ عليه . وهو اخْتِيارُ أبِى الخَطَّابِ ، كما تقدَّم فى نَظِيرِه . قال الحارِثِيُّ : وهذا أشْبَهُ بالصَّوابِ . ونَسَب الأوَّلَ إلى الأصحابِ . ويأْتِى : هل يجوزُ للمَوْقوفِ عليه أنْ يتَزَوَّجَ الأَمَةَ المَوْقوفَةَ عليه ؟ فى الفَوائدِ قريبًا .

ومِنَ الفَوائدِ ، قَوْلُ المُصَنِّفِ : وإنْ جَنَى الوَقْفُ خطَأً ، فالأَرْشُ على المَوْقُوفِ عليه . يعْنِى ، إذا قُلْنا : إنَّه يَمْلِكُ المَوْقوفَ عليه . وهو المذهبُ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، تكونُ جِنايَتُه فى كَسْبِه . على الصَّحيحِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ » ، و « المُحَرَّرِ » . وقيل : فى بَيْتِ المالِ . وهو رِوايَةٌ فى

المقنع أَنْ يَكُونَ فِي [١٥٤ظ] كَسْبِهِ .

الشرح الكبير عليه . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ في كَسْبِه) إذا جَنَى الوَقْفُ جِنايَةً مُوجِبَةً للمالِ ، لم يتعلَّقْ أَرْشُها برقَبَتِه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ بَيْعُها ، ويَجِبُ أَرْشُها على المَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه تعذَّرَ تَعلُّقُ أَرْشِه برقَبَتِه ، فكان على مالِكِه ، كجنايَةِ أُمِّ الوَلَدِ . ولا يَلْزَمُه أكثَرُ مِن قِيمَتِه ، كأُمِّ الوَلَدِ . فإن قُلْنا : إنَّ الوَقْفَ لا يُمْلَكُ . فالأَرْشُ في كَسْبِه ؛ لأنَّه تعذَّرَ تَعلُّقُه برقَبَتِه ، لكَوْنِها لا تُباعُ ، وبالمَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُه ، فكان في كَسْبِه ، كالحُرِّ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ في بَيْتِ المالِ ، كأَرْشِ جِنايَةِ الحُرِّ المُعْسِرِ . قال شيخُنا[1] : وهذا احْتِمالٌ ضَعِيفٌ ؛ فإنَّ الجِنايَةَ إنَّما تكونُ في بَيْتِ المالِ في صُورَةٍ تَحْمِلُها العاقِلَةُ عندَ عَدَمِها ، وجِنايَةُ العَبْدِ لا تَحْمِلُها العاقِلَةُ . وإن كان الوَقْفُ [٥/٢٢١ظ] على المَساكِينِ ، فيَنْبَغِي أن يكونَ الأَرْشُ في كَسْبِه ؛ لأنَّه ليس له مُسْتَحِقٌّ مُعَيَّنٌ يُمْكِنُ إيجابُ الأَرْشِ عليه ، ولا يُمْكِنُ تَعَلُّقُه برقَبَتِه ، فتَعَيَّنَ في كَسْبِه . ويَحْتَمِلُ أن يَكونَ في بَيْتِ المالِ . وإن جَنَى جِنايَةً تُوجِبُ القِصاصَ ، وَجَب ، سواءٌ كانت على المَوْقُوفِ عليه أو على غيرِه . فإن قُتِل بَطَل الوَقْفُ فيه ، وإن قُطِع كان باقِيه وَقْفًا ، كما لو تَلِف بفِعْلِ اللهِ تعالى .

الإنصاف « التَّبْصِرَةِ » ، وضعَّفَه المُصَنِّفُ . وقدَّمه في « الرِّعايَةِ » . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِيُّ . وقيل : لا يَلْزَمُ المَوْقُوفَ عليه الأَرْشُ ، على القَوْلَيْن . قالَه في « القَواعِدِ » . وأمَّا

(١) في : المغني ٨/٢٢٥ .

الشرح الكبير

فصل : وإن جُنِيَ على الوَقْفِ جنايَةٌ مُوجِبَةٌ للمالِ ، وَجَبَ ؛ لأنَّ ماليَّتَه لم تَبْطُلْ ، ولو بَطَلَتْ ماليَّتُه لم يَبْطُلْ أَرْشُ الجنايَةِ عليه ، فإنَّ الحُرَّ يَجِبُ أَرْشُ الجنايَةِ عليه . فإن قُتِل وَجَبَتْ قِيمَتُه ، وليس للمَوْقُوفِ عليه العَفْوُ عنها ؛ لأنَّه لا يَخْتَصُّ بها ، ويُشْتَرَى بها[1] مثلُ المَجْنِيِّ عليه يكونُ وَقْفًا . وقال بعضُ الشافِعِيَّةِ : يَخْتَصُّ المَوْقُوفُ . عليه بالقِيمَةِ إن قُلْنا : إنَّه يَمْلِكُ المَوْقُوفَ ؛ لأنَّها بَدَلُ مِلْكِه . ولَنا ، أنَّه مِلْكٌ لا يَخْتَصُّ به ، فلم يَخْتَصَّ بِبَدَلِه ، كالعَبْدِ المُشْتَرَكِ والمَرْهُونِ ، وبَيانُ عَدَمِ الاخْتِصاصِ ظاهِرٌ ، فإنَّه يتعلَّقُ به حَقُّ البَطْنِ الثانى ، فلم يَجُزْ إبْطالُه ، ولا نَعْلَمُ قَدْرَ ما يَسْتَحِقُّ هذا

الإنصاف

على الرِّوايةِ الثَّالثةِ ، فيَحْتَمِلُ أنْ يجِبَ على الواقِفِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَجِبَ فى كَسْبِه . قالَه الزَّرْكَشِىُّ مِن عندِه . وقال الحارِثِىُّ ، بعدَ أنْ حكَى الوَجْهَيْن المُتَقَدِّمَيْن : ولهم وَجْهٌ ثالثٌ ، وهو الوُجوبُ على الواقِفِ . قال : وفيه بَحْثٌ .

تنبيه : هذا كلُّه إذا كانَ المَوْقُوفُ عليه مُعَيَّنًا ، أمَّا إنْ كان غيرَ مُعَيَّنٍ ، كالمَساكِينِ ونحوِهم ، فقال فى « المُغْنِى »[2] : يَنْبَغِى أنْ يكونَ الأَرْشُ فى كَسْبِه ؛ لأنَّه ليس له مُسْتَحِقٌّ مُعَيَّنٌ يُمْكِنُ إيجابُ الأَرْشِ عليه ، ولا يُمْكِنُ تعَلُّقُها برَقَبَتِه ، فتَعَيَّنَ فى كَسْبِه . قالَ : ويَحْتَمِلُ أنْ تجِبَ فى بَيْتِ المالِ .

فائدة : حيثُ أوْجَبْنا الفِداءَ ، فهو أقَلُّ الأمْرَيْن مِنَ القِيمَةِ ، أو أَرْشِ الجِنايَةِ ؛ اعْتِبارًا بأُمِّ الوَلَدِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) المغنى ٨/٢٢٥ .

الشرح الكبير

منه فيَعْفو عنه ، فلم يَصِحَّ العَفْوُ عن شيءٍ منه ، كما لو أتْلَفَ رجلٌ رَهْنًا ، أُخِذَتْ منه قِيمَتُه فجُعِلَتْ رَهْنًا ، ولم يَصِحَّ عَفْوُ واحِدٍ منهما عنه . وإن كانتِ الجنايَةُ عَمْدًا مَحْضًا مِن مُكافِئٍ له ، فالظّاهِرُ أنَّه لا يَجِبُ القِصاصُ ؛ لأنَّه مَحَلٌّ لا يَخْتَصُّ به[1] المَوْقُوفُ عليه ، فلم يَجُزْ أن يَقْتَصَّ مِن قاتِلِه ،

الإنصاف

تنبيه : فهذه ثَلاثُ مَسائِلَ مِن فوائدِ الخِلافِ ، ذكَرَها المُصَنِّفُ . ومنها ، لو كان المَوْقوفُ ماشِيَةً ، لم تَجِبْ زَكاتُها ، على الثّانيةِ والثّالثةِ ؛ لضَعْفِ المِلْكِ ، وتجِبُ على المَوْقوفِ عليه على الأُولَى ، على ظاهِرِ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، واخْتيارِ القاضى فى « التَّعْليقِ » ، والمَجْدِ ، وغيرِهما . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . قال النّاظِمُ :

ولكِنْ ليُخْرِجْ مِن سِواها ويَمْدُدِ

قلتُ : فيُعايَى بها . وقيل : لا تجبُ مُطْلَقًا ؛ لضَعْفِ المِلْكِ . اخْتارَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » وغيرُه ، وقالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . فأمَّا الشَّجَرُ المَوْقوفُ ، فتَجِبُ الزَّكاةُ فى ثَمَرِه على المَوْقوفِ عليه ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ ثَمَرَتَه للمَوْقُوفِ عليه . قالَه فى « الفَوائدِ » . قال الشِّيرازِىُّ : لا زَكاةَ فيه مُطْلَقًا . ونقَلَه غيرُه رِوايَةً . وتقدَّم الكَلامُ على ذلك فى كتابِ الزَّكاةِ ، عندَ قوْلِه : ولا زَكاةَ فى السّائِمَةِ المَوْقُوفَةِ . بأتَمَّ مِن هذا ، فليُراجَعْ . ومنها ، النَّظَرُ على المَوْقوفِ عليه ، إنْ قُلْنا : يمْلِكُه . ملَك النَّظَرَ عليه ، على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فيَنظُرُ فيه هو مُطْلَقًا ، أو وَلِيُّه ، إنْ لم يَكُنْ أهْلًا . وقيل : يُضَمُّ إلى الفاسِقِ أمِينٌ . وعلى الرِّوايَةِ الثّانيةِ ، يكونُ النَّظَرُ للحاكِمِ . وعلى الثّالثَةِ ، للواقِفِ . قالَه الزَّرْكَشِىُّ مِن عندِه . ومنها ، هل يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بشَرِكَةِ الوَقْفِ ؟ فيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، البِناءُ ؛ فإنْ قيلَ : يَمْلِكُه . اسْتَحَقَّ

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

كالعَبْدِ المُشْتَرَكِ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ : يكونُ ذلك إلى الإمامِ . فإن قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ أو بعضُ أطْرافِه ، فله اسْتِيفاءُ القِصَاصِ ؛ لأنَّه حَقُّه[1] لا يُشارِكُه فيه غيرُه . وإن كان القَطْعُ لا يُوجِبُ القِصَاصَ ، أو يُوجِبُه فعُفِىَ عنه ، وَجَب نِصْفُ قِيمَتِه ، فإن أمْكَنَ أن يُشْتَرَى بها عَبْدٌ كامِلٌ ، وإلَّا اشْتُرِىَ شِقْصٌ مِن عَبْدٍ .

الإنصاف

به الشُّفْعَةَ ، وإلَّا فلا . والطَّريقُ الثَّانى ، الوَجْهان ؛ بِناءً على قوْلِنا : يَمْلِكُه . قالَه المَجْدُ . وهذا كلُّه مُفَرَّعٌ على المذهبِ فى جوازِ قِسْمَةِ الوَقْفِ مِنَ الطَّلَقِ . أمَّا على الوَجْهِ الآخَرِ بمَنْعِ القِسْمَةِ ، فلا شُفْعَةَ ، وكذلك بَنَى صاحِبُ « التَّلْخيصِ » الوَجْهَيْن هنا على الخِلافِ فى قَبُولِ القِسْمَةِ . وتقدَّم ذلك فى بابِ الشُّفْعَةِ ، عندَ قوْلِ المُصَنِّفِ : [٢/٢٤٤و] ولا شُفْعَةَ بشَرِكَةِ الوَقْفِ . ومنها ، نفَقَةُ الحَيوانِ المَوْقوفِ ، فتَجِبُ حيثُ شُرِطَتْ ، ومع عدَمِ الشَّرْطِ تجِبُ فى كَسْبِه ، ومع عدَمِه تجِبُ على مَنِ المِلْكُ له . قالَه فى « التَّلْخيصِ » . وقال الزَّرْكَشِىُّ من عندِه : وعلى الثَّانيةِ ، تجِبُ فى بَيْتِ المالِ . وهو وَجْهٌ ذكَرَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « القَواعِدِ » : وإنْ لم تكُنْ له غَلَّةٌ ، فوَجْهان ؛ أحدُهما ، نفَقَتُه على المَوْقوفِ عليه . والثَّانى ، فى بَيْتِ المالِ . فقيل : هما مَبْنِيَّان على انْتِقالِ المِلْكِ وعدَمِه . وقد يُقالُ بالوُجوبِ عليه ، وإنْ كان المِلْكُ لغيرِه ، كما نقولُ بوُجوبِها على المُوصَى له بالمَنْفَعَةِ على وَجْهٍ . انتهى . ومنها ، لا يجوزُ للمَوْقوفِ عليه أنْ يتَزَوَّجَ الأَمَةَ المَوْقوفَةَ عليه على الأُولَى ، ويجوزُ على الثَّانيةِ . قلتُ : وعلى الثَّالثةِ . قال فى « القَواعِدِ » : هذا البِناءُ ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . قال : وفيه نظَرٌ ؛ فإنَّه يَمْلِكُ مَنْفَعَةَ البُضْعِ

---

(١) فى م : « حق » .

المقنع وَإِذَا وَقَفَ عَلَى ثَلَاثَةٍ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ رَجَعَ نَصِيبُهُ إِلَى الْآخَرَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٥٧٨** - مسألة : (وإذا وَقَف على ثَلاثَةٍ ثم على المَساكِينِ ، فمَن مات منهم رَجَع نَصِيبُه إلى الآخَرَيْنِ) فإذا ماتا رَجَع إلى المَساكِينِ ؛ لأنَّه جَعَلَه لهم مَشْرُوطًا بانْقِراضِ الثَّلاثَةِ ، فوَجَبَ اتِّباعُ شَرْطِه فى ذلك ، كسائِرِ شُرُوطِه ، وكما لو وَقَف على وَلَدِه ثم على المَساكِينِ ، فإنَّه لا يُصْرَفُ إلى المَساكِينِ شيءٌ مِن الوَقْفِ إلَّا بعدَ انْقِراضِ الوَلَدِ ، كذلك هٰهُنا .

الإنصاف على كلا القَوْلين ، ولهذا يكونُ المَهْرُ له . انتهى . قال الحارِثِيُّ : فعلى الأُولَى ، لو وُقِفَتْ عليه زَوْجَتُه ، انْفَسَخَ النِّكاحُ ؛ لوُجودِ المِلْكِ . ومنها ، لو سُرِقَ الوَقْفُ أو نَماؤُه ، فعلى الأُولَى ، يُقْطَعُ على الصَّحيحِ . وقيل : لا يُقْطَعُ . وإنْ قُلْنا : لايَمْلِكُه . لم يُقْطَعْ ، على الصَّحيحِ . وقيل : يُقْطَعُ . ومَحَلُّ ذلك كلِّه ، إذا كان الوَقْفُ على مُعَيَّنٍ . ومنها ، وُجوبُ إخْراجِ الفِطْرَةِ على المَوْقوفِ عليه ، على الأُولَى ، على الصَّحيحِ . وقيل : لاتجِبُ عليه . وأمَّا إذا اشْتُرِىَ عَبْدٌ مِن غَلَّةِ الوَقْفِ لخِدْمَةِ الوَقْفِ ، فإنَّ الفِطْرَةَ تجِبُ ، قوْلًا واحدًا ؛ لتَمامِ التَّصَرُّفِ فيه . قالَه أبو المَعالِي . ويُعايَى بمَمْلُوكٍ لا مالِكَ له ، وهو عَبْدٌ وُقِفَ على خِدْمَةِ الكَعْبَةِ . قالَه ابنُ عَقِيلٍ فى « المَنْثُورِ » . ومنها ، لو زرَعَ الغاصِبُ أرْضَ الوَقْفِ ، فعلى الأُولَى ، للمَوْقوفِ عليه التَّمَلُّكُ بالنَّفَقةِ ، وإلَّا فهو كالمُسْتَأْجِرِ ومالِكِ المَنْفَعَةِ . فيه تردُّدٌ . ذكَرَه فى الفَوائدِ مِن « القَواعِدِ » .

قوله : وإنْ وقَف على ثَلاثَةٍ ثم على المَساكِينِ ، فمَن ماتَ منهم رجَع نَصِيبُه على الآخَرَيْنِ . وكذا لو ردَّ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وذكَر الحارِثِيُّ فى « شَرْحِه » وَجْهَيْن آخرَيْن ؛ أحدُهما ، الصَّرْفُ مُدَّةَ بَقاءِ الآخَرَيْنِ مَصْرِفَ الوَقْفِ

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

المُنْقَطِعِ ؛ لسُكوتِه عنِ المَصْرِفِ فى هذه الحالَةِ . والوَجْهُ الثَّانى ، الانْتِقالُ إلى المَساكِينِ ؛ لاقْتِضاءِ اللَّفْظِ له ، فإنَّ مُقْتَضاه الصَّرْفُ إلى المَساكِينِ بعدَ انْقِراضِ مَن عَيَّن ، فصَرْفُ نَصِيبِ كلٍّ منهم عندَ انقِراضِه إلى المَساكِينِ داخِلٌ تحتَ دَلالَةِ اللَّفْظِ ، ورَجَّحه على الذى قبلَه .

فوائد ؛ إحْداها ، لو وَقَف على ثَلاثَةٍ ، ولم يذْكُرْ له مَآلًا ، فمَن ماتَ منهم ، فحُكْمُ نَصِيبِه حُكْمُ المُنْقَطِعِ ، كما لو ماتُوا جميعًا . قالَه الحارِثِىُّ . وقال : على ما فى الكِتابِ يُصْرَفُ إلى مَن بَقِىَ . وقطَع به فى « القاعِدَةِ الخامِسَةَ عَشْرَةَ بعدَ المِائَةِ » . وكذا الحُكْمُ لو رَدَّ بعضُهم . قالَه فيها أيضًا . الثَّانيةُ ، لو وقَف على أوْلادِه ، ثم على أولادِهم ، ثم على أولادِهم ، ثم على الفُقَراءِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ هذا تَرْتِيبُ جُمْلَةٍ على مِثْلِها ، لا يسْتَحِقُّ البَطْنُ الثَّانى شيئًا قبلَ انْقِراضِ الأوَّلِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةَ عَشْرَةَ بعدَ المِائَةِ » : هذا المَعْروفُ عندَ الأصحابِ . وهو الذى ذكَرَه القاضى ، وأصحابُه ، ومَنِ اتَّبَعَهم ، فيكونُ مِن بابِ تَوْزيعِ الجُمْلَةِ على الجُمْلَةِ . وقيل : تَرْتِيبُ أفْرادٍ ، فيَسْتَحِقُّ الوَلَدُ نَصِيبَ أبِيه بعدَه ، فهو مِن تَرتيبِ الأفْرادِ بينَ كلِّ شخْصٍ وأبِيه . اختارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . قال فى « الانْتِصارِ » ، عندَ شَهادَةِ الواحِدِ بالهِلالِ : إذا قُوبِلَ جَمْعٌ بجَمْعٍ ، اقْتَضَى مُقابَلَةَ الفَرْدِ منه بالفَرْدِ لُغَةً . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : فعلى هذا ، الأظْهَرُ اسْتِحْقاقُ الوَلَدِ ، وإنْ لم يسْتَحِقَّ أبُوه . وقال : الأظْهَرُ أيضًا فى مَن وقَف على ولَدَيْه نِصْفَيْن ، ثم على أوْلادِهما ، وأوْلادِ أوْلادِهما وعَقِبِهما بعدَهما ، بَطْنًا بعدَ بَطْنٍ ، أنَّه ينْتَقِلُ نَصِيبُ كلِّ واحدٍ إلى وَلَدِه ، ثم وَلَدِ وَلَدِه . وقال : مَن ظَنَّ أنَّ الوَقْفَ كالإرْثِ ؛ فإنْ لم يكُنْ أبُوه أخَذ شيئًا ، لم يأْخُذْ هو ، فلم يقُلْه أحدٌ مِنَ الأئمَّةِ ، ولم يَدْرِ ما يقولُ . ولهذا ، لو انْتَفَتِ الشُّروطُ فى

الإنصاف الطَّبَقَةِ الأُولَى ، أو بعضِهِم ، لم تُحْرَمِ الثَّانيةُ مع وُجودِ الشُّروطِ فيهم إجماعًا ، ولا فَرْقَ . انتهى . قال فى « الفُروعِ » : وقَوْلُ الواقِفِ : مَن ماتَ ، فنَصِيبُه لوَلَدِه . يعُمُّ ما اسْتَحَقَّه وما يَسْتَحِقُّه مع صِفَةِ الاسْتِحْقاقِ ؛ اسْتَحَقَّه أوْ لا ؛ تكْثيرًا للفائِدَةِ ، ولصِدْقِ الإِضافَةِ بأَدْنَى مُلابَسَةٍ ، ولأنَّه بعدَ موْتِه لايسْتَحِقُّه ، ولأنَّه المَفْهومُ عندَ العامَّةِ الشَّارِطِين ، ويقْصِدُونه ؛ لأنَّه يتيمٌ لم يرِثْ هو وأبوه مِنَ الجَدِّ ، ولأنَّ فى صُورَةِ الإجْماعِ يَنْتَقِلُ مع وُجودِ المانِعِ إلى وَلَدِه ، لكِنْ هنا ، هل يُعْتَبرُ موْتُ الوالِدِ ؟ يتَوَجَّهُ الخِلافُ . وإنْ لم يتَناوَلْ إلَّا ما اسْتَحَقَّه ، فمَفْهومٌ ، خُرِّجَ مَخْرَجَ الغالِبِ ، وقد تَناوَلَه الوَقْفُ على أوْلادِه ، ثم أوْلادِهم . قال فى « الفُروعِ » : فعلى قَوْلِ شيْخِنا ، إنْ قال : بَطْنًا بعدَ بَطْنٍ ونحوَه ، فتَرْتِيبُ جُمْلَةٍ ، مع أنَّه مُحْتَمِلٌ . فإنْ زادَ الواقِفُ ، على أنَّه إنْ تُوُفِّىَ أحَدٌ مِن أوْلادِ المَوْقُوفِ عليه ابْتِداءً فى حَياةِ والِدِه ، وله وَلَدٌ ، [٢٤٤/٢ظ] ثم ماتَ الأبُ عن أوْلادٍ لصُلْبِه ، وعن وَلَدِ وَلَدِه الذى ماتَ أبُوه قبلَ اسْتِحْقاقِه ، فله معهم ما لأبِيه ، لو كان حيًّا . فهو صريحٌ فى تَرْتِيبِ الأفْرادِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ أيضًا فيما إذا قال : بَطْنًا بعدَ بَطْنٍ . ولم يزِدْ شيئًا : هذه المَسْألَةُ فيها نِزاعٌ ، والأظْهَرُ أنَّ نَصِيبَ كلِّ واحدٍ يَنْتَقِلُ إلى وَلَدِه ، ثم إلى وَلَدِ وَلَدِه ، ولا مُشارَكَةَ . انتهى . الثَّالثةُ ، لو كان له ثَلاثُ بَنِين ، فقال : وَقَفْتُ على وَلَدَىَّ ؛ فُلانٍ وفُلانٍ ، وعلى وَلَدِ وَلَدِى . كان الوَقْفُ على المُسَمَّيَيْن وأوْلادِهما وأوْلادِ الثَّالِثِ ، ولا شىءَ للثَّالِثِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ مُخْتارًا له . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونصَرَاه ، وهو ظاهِرُ ماقدَّمه فى « الفائقِ » ، وقوَّاه شيْخُنا فى « حَواشِيه » ، وصحَّحَه الحارِثِىُّ . وقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : يدْخُلُ الابنُ الثَّالِثُ . ونقَلَه حَرْبٌ ، وقدَّمه الحارِثِىُّ ، فقال : فالمَنْصوصُ دُخولُ الجميعِ . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والعِشْرِين بعدَ المِائَةِ » : ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ

الإنصاف

بالاخْتِصاصِ بوَلَدِ مَن وقَف عليهم ؛ اعْتِبارًا بآبائِهم . وكذا الحُكْمُ والخِلافُ والمذهبُ لو قال : وقَفْتُ على وَلَدِى ؛ فُلانٍ وفُلانٍ ، ثم على الفُقَراءِ . هل يشْمَلُ وَلَدَ وَلَدِه ، أمْ لا ؟ . وقيل : يشْمَلُه هنا . ذكَرَه المُصَنِّفُ احْتِمالًا مِن عندِه . الرَّابعَةُ ، لو وقَف على فُلانٍ ، فإذا انْقَرضَ أوْلادُه ، فعلى المَساكِينِ ، كان بعدَ مَوْتِ فُلانٍ لأوْلادِه ، ثم مِن بعدِهم للمَساكِينِ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، (١وقدَّمه فى « الكافِى » . وقيل : يُصْرَفُ بعدَ مَوْتِ فُلانٍ مَصْرِفَ المُنْقَطِعِ ، حتى ينْقَرِضَ أوْلادُه١) ، ثم يُصْرَفُ على المَساكِينِ . الخامسةُ ، لو وقَفَ على أوْلادِه ، وأوْلادِ أوْلادِه ، اشْتَرَكُوا حالًا ، ولو قال فيه : على أنَّ مَن تُوُفِّىَ عن غيرِ وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لذَوِى طَبَقَتِه . كان للاشْتِراكِ أيضًا ، فى أحدِ الوَجْهَيْن . قلتُ : وهو أوْلَى . قال فى « القَواعِدِ » : وقد زعَم المَجْدُ أنَّ كلامَ القاضى فى « المُجَرَّدِ » يدُلُّ على أنَّه يكونُ مُشْتَرَكًا بينَ الأوْلادِ ، وأوْلادِهم ، ثم يُضافُ إلى كلِّ وَلَدٍ نَصِيبُ والِدِه بعدَ مَوْتِه . قال : وليس فى كلامِ القاضى ما يدُلُّ على ذلك لمَن راجَعَه وتأمَّلَه . والوَجْهُ الثَّانى ، يكونُ للتَّرْتيبِ بينَ كلِّ وَلَدٍ وأبيه . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةَ عَشْرَةَ بعدَ المِائَةِ » : وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، وذكَرَه . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . ولو رَتَّبَ بقَوْلِه: الأعْلَى فالأعْلَى . أو الأقْرَبُ فالأقْرَبُ . أوِ البَطْنُ الأوَّلُ ثم الثَّانِى . فهذا تَرتيبُ جُمْلَةٍ على مِثْلِها ، لا يسْتَحِقُّ البَطْنُ الثَّانِى شيئًا قبلَ انْقِراضِ الأوَّلِ . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « التَّلْخيصِ » : وكذا قوْلُه : قَرْنًا بعدَ قَرْنٍ . ولو قال بعدَ التَّرْتيبِ بينَ أوْلادِه : ثم على أنْسالِهم وأعْقابِهم . فهل يسْتَحِقُّه أهْلُ العَقِبِ مُرَتَّبًا ، أو مُشْتَرَكًا ؟ فيه

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الإنصاف

وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . قلتُ : الصَّوابُ التَّرْتيبُ . ولو رَتَّبَ بينَ أوْلادِه وأوْلادِهم بـ « ثُمَّ » ، ثم قال : ومَن تُوُفِّىَ عن وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لوَلَدِه . اسْتَحَقَّ كلُّ وَلَدٍ بعدَ أبِيه نَصِيبَه . ولو قال : على أوْلادِى ، ثم على أوْلادِ أوْلادِى ، على أنَّه مَن تُوُفِّىَ منهم عن غيرِ وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لأهْلِ دَرَجَتِه . اسْتَحَقَّ كلُّ وَلَدٍ نَصِيبَ أبِيه بعدَه ، كالتى قبلَها . قال فى « الفائقِ » : ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ وغيرُه . انتهى . وهما يَنْزِعان إلى أصْلِ المَسْأَلَةِ المُتَقدِّمَةِ . وقد تقدَّم كلامُ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ فيها . (١قلتُ : هذه المَسْأَلَةُ أوْلَى بالصِّحَّةِ . وقد وافَقَ الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، على ذلك كثيرٌ مِنَ العُلَماءِ مِن أرْبابِ المذهبِ ، وجعَلُوه مِن تَخْصيصِ العُمومِ بالمَفْهومِ ، وهو أظْهَرُ . وصنَّف الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ فى ذلك مُصَنَّفًا حافِلًا خَمْسَ كَرارِيسَ١) . ولو قال : ومَن ماتَ عن وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لوَلَدِه . فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يشْمَلُ النَّصِيبَ الأصْلِىَّ والعائدَ ؛ مِثْلَ أنْ يكونَ ثلاثةُ إخْوَةٍ ، فيَمُوت أحدُهم عن وَلَدٍ ، ويموتَ الثَّانِى عن غيرِ وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لأخِيه الثَّالثِ ، فإذا ماتَ الثَّالثُ عن وَلَدٍ ، اسْتَحَقَّ جميعَ ما كان فى يَدِ أبِيه ؛ مِنَ الأصْلِىِّ والعائدِ إليه مِن أخِيه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يشْمَلُ النَّصِيبَ الأصْلِىَّ ، ويشْتَرِكُ وَلَدُ المَيْتِ الأوَّلِ ووَلَدُ المَيْتِ الثَّالثِ فى النَّصِيبِ العائدِ إلى أخِيه ؛ لأنَّ والِدَيْهما لو كانا حَيَّيْن ، لاشْتَرَكا فى العائدِ ، فكذا وَلَدُهما . قلتُ : وهو الصَّوابُ . ولو قال : ومَن تُوُفِّىَ عن غيرِ وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لأهْلِ دَرَجَتِه . وكان الوَقْفُ مُرَتَّبًا بالبُطونِ ، كان نَصِيبُ المَيْتِ عن غيرِ وَلَدٍ ، لأهْلِ البَطْنِ الذى هو منه . ولو كان مُشْتَرَكًا بينَ أهْلِ البُطونِ ، عادَ إلى جميعِ أهْلِ الوَقْفِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْن . قلتُ :

(١ - ١) زيادة من : ا .

وهو الصَّوابُ ؛ فوُجودُ هذا الشَّرْطِ كعدَمِه . والوَجْهُ الثَّانِى ، يخْتَصُّ البَطْنَ الذى هو منه ، فيَسْتَوِى فيه إخْوَتُه ، وبَنُو عَمِّه ، وبَنُو بَنِى عمِّ أبِيه ؛ لأنَّهم فى القُرْبِ سواءٌ . قدَّمه فى « النَّظْمِ » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . فإنْ لم يُوجَدْ فى درَجَتِه أحدٌ ، فالحُكْمُ كما لو لم يُذْكَرِ الشَّرْطُ . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ولو كان الوَقْفُ على البَطْنِ الأوَّلِ ، على أنَّ مَن ماتَ عن وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لوَلَدِه ، وإنْ ماتَ عن غيرِ وَلَدٍ ، انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى مَن فى درَجَتِه ، فماتَ أحدُهم عن غيرِ وَلَدٍ ، فقيلَ : يعُودُ نَصِيبُه إلى أهْلِ الوَقْفِ كلِّهم ، وإنْ كانُوا بُطونًا . وحكَم به التَّقِىُّ سُلَيْمانُ[1] . وهو الصَّوابُ . وقيل : يخْتَصُّ أهْلَ بطْنِه ؛ سواءٌ [٢/٢٤٥و] كانُوا مِن أهْلِ الوَقْفِ حالًا أو قُوَّةً ؛ مِثْلَ أنْ يكونَ البَطْنُ الأوَّلُ ثلاثةً ، فماتَ أحدُهم عن ابنٍ ، ثم ماتَ الثَّانى عن ابْنَيْن ، فماتَ أحدُ الابْنَيْن وترَك أخاه وابنَ عَمِّه وعَمَّه وابْنًا لعَمِّه الحَىِّ ، فيكونَ نَصِيبُه بينَ أخِيه وابنِ عمِّه المَيْتِ وابنِ عَمِّه الحَىِّ ، ولا يسْتَحِقُّ العَمُّ شيئًا . وقيل : يخْتَصُّ أهْلَ بَطْنِه فى أهْلِ الوَقْفِ المُتَناوِلِين له فى الحالِ . فعلى هذا ، يكونُ لأخِيه وابنِ عمِّه الذى ماتَ أبُوه ، ولا شئَ لعَمِّه الحَىِّ ولا لوَلَدِه . وأطْلَقهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ذَوُو طبَقَتِه ؛ إخْوَتُه ، وبنُو عمِّه ، ونحوُهم ، ومَن هو أعْلَى منه ؛ عُمُومَتُه ، ونحوُهم ، ومَن هو أسْفَلُ منه ؛ وَلَدُه ، ووَلَدُ إخْوَتِه وطبَقَتُهم . ولا يسْتَحِقُّ مَن فى درَجَتِه مِن غيرِ أهْلِ الوَقْفِ بحالٍ ؛ كمَن له أرْبَعُ بَنِين ، وقَف على ثلاثةٍ ، وترَك الرَّابِعَ ، فماتَ أحدُ الثَّلاثةِ عن غيرِ وَلَدٍ ، لم يكُنْ للرَّابعِ فيه

(١) لم نجده .

الإنصاف

شيءٌ ؛ لأنَّه ليس مِن أهْلِ الاسْتِحْقاقِ . قالَه الأصحابُ . وإذا شرَطَه لمَن فى درَجَةِ المُتَوفَّى عندَ عدَمِ وَلَدِه ، اسْتَحَقَّه أهْلُ الدَّرَجَةِ حالَةَ وَفاتِه ، وكذا مَن سيُوجَدُ منهم فى أصحِّ الاحْتِمالَيْن . قال فى « الفائقِ » : هذا أقْوَى الاحْتِمالَيْن . قال : ورأَيْتُ المُشارَكَةَ بخَطِّ الشَّيْخِ شَمْسِ الدِّينِ ، يعْنِى الشَّارِحَ ، والنَّوَوِىِّ . قال ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » : يُخَرَّجُ فيه وَجْهان . قال : والدُّخولُ هنا أوْلَى . وبه أفْتَى الشَّيْخُ شَمْسُ الدِّينِ[1] ، قال : وعلى هذا ، لو حدَث مَن هو أعْلَى مِنَ المَوْجُودِين ، وكان فى الوَقْفِ اسْتِحْقاقُ الأعْلَى فالأعْلَى ، فإنَّه ينْتَزِعُه منهم . قالَه فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ بعدَ المِائَةِ » . السَّادسةُ ، لو قال : على أوْلادِى ، ثم أوْلادِهم الذُّكورِ والإناثِ ، ثم أوْلادِهم الذُّكورِ مِن وَلَدِ الظَّهْرِ فقط ، ثم نَسْلِهم وعَقِبِهم ، ثم الفُقَراءِ ، على أنَّه مَن ماتَ منهم ، وترَكَ وَلَدًا وإنْ سفَل ، فنَصِيبُه له . فماتَ أحدُ الطَّبَقَةِ الأُوَلَةِ ، وترَك بِنْتًا ، فماتَتْ ولها أوْلادٌ . فقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ما اسْتَحَقَّتْه قبلَ مَوْتِها ، فهو لهم . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ، لا . انتهى . ولو قال : ومَن ماتَ عن غيرِ وَلَدٍ ، وإنْ سفَل ، فنَصِيبُه لإخْوَتِه ، ثم نَسْلِهم ، وعَقِبِهم . عمَّ مَن لم يُعْقِبْ ، ومَن أعْقَبَ ثم انْقطَعَ عَقِبُه ؛ لأنَّه لا يقْصِدُ غيرَه ، واللَّفْظُ يَحْتَمِلُه ، فوَجَب الحَمْلُ عليه قَطْعًا . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ نفُوذُ حُكْمِه بخِلافِه . السَّابعةُ ، لوِ اجْتَمَعَ صِفَتان أو صِفاتٌ فى شَخْصٍ واحدٍ ، فهو كاجْتِماعِ شَخْصَيْن أو أشْخاصٍ ، على المَشْهورِ مِنَ المذهبِ ، فيَتَعدَّدُ الاسْتِحْقاقُ بها ، كالأعْيانِ . قالَه فى « القاعِدَةِ التَّاسعَةَ عَشْرَةَ بعدَ المِائَةِ » . وله نَظائِرُ فى الوَصايا ، والفَرائضِ ، والزَّكاةِ ، فكذلك الوَقْفُ . وأفتى به العَلَّامَةُ ابنُ رَجَبٍ أيضًا ، وردَّ

(١) هو الشيخ ابن أبى عمر صاحب الشرح الكبير .

الإنصاف

قولَ المُخالِفِ فى ذلك . وقيل : لا يتعدَّدُ الاسْتِحْقاقُ بذلك . (١ويأْتِى قريبًا مِن ذلك فى الفائدةِ السَّادسةِ مِنَ الفَوائدِ الآتِيَةِ قريبًا١) . الثَّامنةُ ، إذا تعَقَّبَ الشَّرْطُ جُمَلًا ، عادَ إلى الكُلِّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقد ذكَر المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » وَجْهَيْن ، فى قوْلِه : أنتِ حرامٌ ، وواللهِ لا أُكَلِّمُكِ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . انتهى . والاسْتِثْناءُ كالشَّرْطِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقيل : لا . وقيل : والجُمَلُ مِن جنْسٍ كالشَّرْطِ . وكذا مُخَصَّصٌ ؛ مِن صِفَةٍ ، وعَطْفِ بيانٍ ، وتوْكيدٍ ، وبدَلٍ ، ونحوِه ، والجارُّ والمَجْرورِ نحوَ : على أنَّه . أو : بشَرْطِ أنَّه . ونحوِ ذلك كالشَّرْطِ ؛ لتعَلُّقِه بفِعْلٍ ، لا باسْمٍ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وعُمومُ كلامِهم ، لا فَرْقَ بينَ العَطْفِ بواوٍ وفاءٍ وثُمَّ ؛ وذلك لِما تقدَّم . ذكَر ذلك ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه . التَّاسعةُ ، لو وُجِدَ فى كتابِ وَقْفٍ : أنَّ رجُلًا وقَفَ ، على فُلانٍ ، وعلى بَنِى بَنِيه ، واشْتُبِهَ ؛ هل المُرادُ بَبَنِى بَنِيه جمعُ ابنٍ ، أو بَنِى بِنْتِه ؛ واحِدَةُ البَناتِ ؟ فقال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » : يكونُ بينَهما عندَنا ؛ لتَساوِيهما ، كما فى تَعارُضِ البَيِّناتِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ليس هذا مِن تَعارُضِ البَيِّنَتَيْن ، بل هو بمَنْزِلَةِ تَرَدُّدِ البَيِّنَةِ الواحدَةِ ، ولو كان مِن تَعارُضِ البَيِّنَتَيْن ، فالقِسْمَةُ عندَ التَّعارُضِ رِوايةٌ مرْجُوحَةٌ ، وإلَّا فالصَّحيحُ ؛ إمَّا التَّساقُطُ ، وإمَّا القُرْعَةُ ، فيَحْتَمِلُ أنْ يُقْرَعَ هنا ، ويَحْتَمِلُ أنْ يُرَجَّحَ بنُو البَنِين ؛ لأنَّ العادَةَ أنَّ الإنْسانَ إذا وقَف على وَلَدِ بِنْتَيْه(٢) لا يخُصُّ منهما الذُّكورَ ، بل يعُمُّ أوْلادَهما ، بخِلافِ الوَقْفِ على وَلَدِ الذُّكورِ ، فإنَّه يخُصُّ ذُكورَهم كثيرًا ، كآبائِهم ؛ ولأنَّه لو أرادَ وَلَدَ البِنْتِ لسَمَّاها باسْمِها ، أو

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ط : « بنيه » .

المقنع

فَصْلٌ : وَيُرْجَعُ إِلَى شَرْطِ الْوَاقِفِ فِي قَسْمِهِ عَلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ ، وَفِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، وَالْجَمْعِ وَالتَّرْتِيبِ وَالتَّسْوِيَةِ وَالتَّفْضِيلِ وَإِخْرَاجِ مَنْ شَاءَ بِصِفَةٍ وَإِدْخَالِهِ بِصِفَةٍ ، وَفِي النَّاظِرِ فِيهِ ، وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَسَائِرِ أَحْوَالِهِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ويُرْجَعُ إلى شَرْطِ الواقِفِ فى قَسْمِه على المَوْقُوفِ [٥/٢٢٢و] عليهم ؛ فى التَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ ، والجَمْعِ والتَّرْتِيب ، والتَّسْوِيَةِ والتَّفْضِيلِ ، وإخْراجِ مَن شاء بصِفَةٍ وإدْخالِه بصِفَةٍ ، وفى النّاظِرِ فيه ، والإنْفاقِ عليه ، وسائِرِ أحْوَالِه) لأنَّه ثبَت بوَقْفِه ، فوَجَبَ أن يُتْبَعَ فيه شَرْطُه ، ولأنَّ ابْتِداءَ الوَقْفِ مُفَوَّضٌ إليه ، فكذلك تَفْضِيلُه[1] وتَرْتِيبُه . وكذلك إن شَرَط إخْراجَ بعضِهم بصِفَةٍ ورَدَّه بصِفَةٍ ، مثلَ أن يقولَ :

الإنصاف

لشَرِكَ بينَ وَلَدِها ووَلَدِ سائرِ بَناتِه . قال : وهذا أقْرَبُ إلى الصَّوابِ . وأفْتَى أيضًا ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن وقَف على أحَدِ أوْلادِه ، وله عِدَّةُ أوْلادٍ ، وجُهِلَ اسْمُه ، أنَّه يُمَيَّزُ بالقُرْعَةِ .

قوله : ويُرْجَعُ إلى شَرْطِ الواقِفِ فى قَسْمِه على المَوْقُوفِ عليه ، وفى التَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ ، والجَمعِ والتَّرْتِيبِ ، والتَّسْوِيَةِ والتَّفْضِيلِ ، وإخْراجِ مَن شاءَ بصِفَةٍ وإدْخالِه بصِفَةٍ ، وفى النَّاظِرِ فيه والإنْفاقِ عليه ، وسائرِ أحْوالِه . وكذا لو شرَط عدَمَ إيجارِه ، أو قدَّرَ مُدَّةً . قالَه الأصحابُ . وقال الحارِثِيُّ : وعن بعضِهم ، جَوازُ زِيادَةِ مُدَّةِ الإجارَةِ على ماشرَطَه النَّاظِرُ [٢/٢٤٥ظ] بحَسَبِ المَصْلَحَةِ . قال : وهو

---

(١) فى الأصل : « تفصيله » .

الشرح الكبير

مَن تزَوَّجَ منهم فله ، ومَن فارَقَ فلا شيءَ له . أو عكس ذلك . أو : مَن حَفِظَ القُرآنَ فله ، ومَن نَسِيَه فلا شيءَ له . أو : مَن اشْتَغَلَ بالعِلْمِ فله ، ومَن ترَكَه فلا شيءَ له . أو : مَن كان على مَذْهَبِ كذا فله[1] ، ومَن خرَجَ منه فلا شيءَ له . وكذلك إن وَقَف على أوْلادِه على أنَّ للأُنْثَى سَهْمًا وللذَّكَرِ سَهْمَيْن ، أو على حَسَبِ ميراثِهم ، أو بالعَكْسِ ، أو على أنَّ للكَبيرِ ضِعْفَ ما للصَّغيرِ ، أو للفَقيرِ ضِعْفَ ما للغَنِيِّ ، أو عكس ذلك ، أو عَيَّنَ بالتَّفْضِيلِ واحِدًا

الإنصاف

يحْتاجُ عندِى إلى شيءٍ مِن تَفْصيلٍ ؛ فقوْلُه : يُرْجَعُ فى قَسْمِه . أى فى تقْديرِ الاسْتِحْقاقِ . والتَّقْديمُ ؛ البُداءَةُ ببعضِ أهْلِ الوَقْفِ دُونَ بعضٍ ؛ كوَقَفْتُ على زَيْدٍ وعَمْرٍو وبَكْرٍ . ويبْدَأُ بالدَّفْعِ إلى زَيْدٍ . أو : وَقَفْتُ على طائفَةِ كذا . ويبْدأُ بالأصْلَحِ ، أو الأفْقهِ . والتَّأْخيرُ عكْسُ ذلك . وإذا أُضِيفَ تقْديرُ الاسْتِحْقاقِ ، كان للمُؤَخَّرِ ما فضَل ، وإنْ لم يفْضُلْ شيءٌ ، سقَط . والجَمْعُ ؛ جمعُ الاسْتِحْقاقِ مُشْتَرَكًا فى حالَةٍ واحدةٍ . والتَّرتيبُ ، جعْلُ اسْتِحقاقِ بَطنٍ مُرَتَّبًا على آخَرَ ، كما تقدَّم . والتَّرتيبُ مع التَّقْديمِ والتَّأْخيرِ مُتَّحِدٌ مَعْنًى ، لكِنَّ المُرادَ فى صُورَةِ التَّقْديمِ بَقاءُ أصْلِ الاسْتِحْقاقِ للمُؤَخَّرِ ، على صِفَةِ أنَّ له ما فضَلَ ، وإلَّا سقَط . وفى صُورَةِ التَّرتيبِ ، عدَمُ اسْتِحْقاقِ المُؤَخَّرِ مع وُجودِ المُقَدَّمِ . والتَّسْويَةُ ؛ جعْلُ الرَّيْعِ بينَ أهْلِ الوَقْفِ مُتَساوِيًا . والتَّفْضِيلُ ؛ جَعْلُه مُتَفاوِتًا . ومعْنَى الإخْراجِ بصِفَةٍ ، والإدْخالِ بصِفَةٍ ؛ جعْلُ الاسْتِحْقاقِ والحِرْمانِ مُرَتَّبًا على وَصْفٍ مُشْتَرَطٍ ، فتَرَتُّبُ الاسْتِحْقاقِ ؛ كالوَقْفِ على قَوْمٍ بشَرْطِ كوْنِهم فُقَراءَ أو صُلَحاءَ . وتَرَتُّبُ الحِرْمانِ أنْ يقولَ : ومَن فسَق منهم ، أو اسْتَغْنَى ، فلا شيءَ له .

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مُعَيَّنًا ، أو وَلَدَه ، وما أشْبَهَ هذا ، فهو على ما قال ؛ لِما ذَكَرْنا . فكلُّ هذا صَحِيحٌ ، وهو على ما شَرَط . وقد رَوَى هِشامُ بنُ عُرْوَةَ ، أنَّ الزُّبَيْرَ جَعَل دُورَه صَدَقَةً على بَنِيه ، لا تُباعُ ولا تُوهَبُ ، وأنَّ للمَرْدُودَةِ مِن بَناتِه أن تَسْكُنَ غيرَ مُضِرَّةٍ ولا مُضَرٍّ بها ، فإنِ اسْتَغْنَتْ بزَوْجٍ فلا حَقَّ لها فى الوَقْفِ[1] . وليس هذا تَعْلِيقًا للوَقْفِ بصِفَةٍ ، بل وَقْفٌ مُطْلَقٌ ، والاسْتِحْقاقُ له بصِفَةٍ . وكلُّ هذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا .

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، أنَّ الشَّرْطَ المُباحَ الذى لا يظْهَرُ قَصْدُ القُرْبَةِ منه ، يجِبُ اعْتِبارُه فى كلامِ الواقِفِ . قال الحارِثِىُّ : وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ ، والمَعْرُوفُ فى المذهبِ الوُجوبُ . قال : وهو الصَّحيحُ . وقال فى « الفائقِ » : وقال شيْخُنا ، يعْنِى به الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ : يُخَرَّجُ مِن شَرْطِ كوْنِه قُرْبَةً ، اشْتِراطُ القُرْبَةِ فى الأصْلِ يَلْزَمُ الشُّروطَ المُباحَةَ . انتهى . وقال فى « الفُروعِ » : واخْتارَ شيْخُنا ، يعْنِى به الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ ، لزُومَ العَملِ بشَرْطٍ مُسْتَحَبٍّ خاصَّةً ، وذكَرَه صاحِبُ « المُذْهَبِ » ؛ لأنَّه لا ينْفَعُه ، ويُعَذَّرُ عليه ، فبَذْلُ المالِ فيه سَفَهٌ ، ولا يجوزُ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : ومِن مُتَأَخِّرِى الأصحابِ مَن قال : لايصِحُّ اشْتِراطُه ، يعْنِى المُباحَ ، فى ظاهِرِ المذهبِ . وعلَّله ؛ قال : وهذا له قُوَّةٌ ، على القَوْلِ باعْتِبارِ القُرْبَةِ فى أصْلِ الجِهَةِ ، كما هو ظاهِرُ المذهبِ . وإيَّاه أرادَ بقَوْلِه : فى ظاهِرِ المذهبِ . فيما أرَى ، ويُؤَيِّدُه مِن نصِّ أحمدَ ، وذكَر النَّصَّ فى الوَصِيَّةِ . انتهى . والظَّاهِرُ ، أنَّه أرادَ بقَوْلِه : مِن مُتَأَخِّرِى الأصحابِ . الشَّيْخَ

(١) ذكره البخارى تعليقًا ، فى : باب إذا وقف أرضًا أو بئرًا ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ١٥/٤ . ووصله الدارمى ، فى : باب فى الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٤٢٧/٢ .

تَقِيُّ الدِّينِ ، وكان فى زَمَنِه . وفى كلامِ صاحبِ « الفُروعِ » إيماءٌ إلى ذلك . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أيضًا : مَن قدَّر له الواقِفُ شيئًا ، فله أكثرُ منه . إنِ اسْتَحَقَّه بمُوجِبِ الشَّرْعِ . وقال أيضًا : الشَّرْطُ المَكْروهُ باطِلٌ اتِّفاقًا .

فائدة : لو خَصَّصَ المَدْرَسَةَ بأهْلِ مذهبٍ أو بَلَدٍ أو قَبِيلَةٍ ، تخَصَّصَتْ ، وكذلك الرِّباطُ والخانِقاهُ . والمَقْبَرَةُ كذلك . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه ، وصحَّحَه الحارِثِيُّ وغيرُه . قال الحارِثِيُّ : وذكَر بعضُ شيُوخِنا فى كتابِه احْتِمالًا بعدَمِ الاخْتِصاصِ . وأمَّا المَسْجِدُ ؛ فإنْ عيَّن لإمامَتِه شخْصًا ، تعَيَّنَ ، وإنْ خصَّصَ الإمامَةَ بمذهبٍ ، تخَصَّصَتْ به ، ما لم يكُنْ فى شيءٍ مِن أحْكامِ الصَّلاةِ مُخالِفًا لصَريحِ السُّنَّةِ أو ظاهِرِها ؛ سواءٌ كان لعدَمِ الاطِّلاعِ ، أو لتأْويلٍ ضعيفٍ . وإنْ خصَّصَ المُصَلِّين فيه بمذهبٍ ، فقال فى « التَّلْخيصِ » : يخْتَصُّ بهم على الأشْبَهِ ؛ لاخْتِلافِ المذاهبِ فى أحْكامِ الصَّلاةِ . قال الحارِثِيُّ : وقال غيرُ صاحبِ « التَّلْخيصِ » ، مِن مُتَأَخِّرِى الأصحابِ : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . وقَوَّى الحارِثِيُّ عدَمَ الاخْتِصاصِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : واخْتارَ ابنُ هُبَيْرَةَ عدَمَ الاخْتِصاصِ فى المَسْجِدِ بمذهبٍ فى الإمامِ . قال فى « الفُروعِ » : وقيل : لا تتَعَيَّنُ طائفةٌ وُقِفَ عليها مَسْجِدٌ أو مقْبَرَةٌ ، كالصَّلاةِ فيه . وقال أبو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ إنْ عيَّن مَن يُصَلِّى فيه مِن أهْلِ الحديثِ ، أو تَدْريسِ العِلْمِ ، اخْتصَّ . وإنْ سَلَّمَ ، فلأنَّه لا يقَعُ التَّزاحُمُ بإشاعَتِه ، ولو وقَع ، فهو أفْضَلُ ؛ لأنَّ الجماعَةَ تُرادُ له . وقيل : تُمْنَعُ التَّسْوِيَةُ بينَ فُقَهاءَ ، كمُسابقَةٍ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : قَوْلُ الفُقَهاءِ : نُصوصُ الواقِفِ كنُصوصِ الشَّارِعِ . يعْنِى ، فى الفَهْمِ والدَّلالَةِ ، لا فى وُجوبِ العَمَلِ ، مع أنَّ التَّحْقيقَ ، أنَّ لَفْظَه ، ولَفْظَ المُوصِى ، والحالِفِ ، والنَّاذِرِ ، وكلِّ عاقِدٍ ، يُحْمَلُ على عادَتِه فى خِطابِه ولُغَتِه التى يتَكلَّمُ

بها ؛ وافَقَتْ لُغَةَ العرَبِ أو لُغَةَ الشَّارِعِ ، أمْ لا . قال : والشُّروطُ إنَّما يَلْزَمُ الوَفاءُ بها ، إذا لم تُفْضِ إلى الإخْلالِ بالمَقْصودِ الشَّرْعِيِّ ، ولا تجوزُ المُحافظَةُ على بعضِها مع فَواتِ المَقْصودِ بها . قال : ومَن شرَط فى القُرُباتِ أنْ يُقَدَّمَ فيها الصِّنْفُ المَفْضولُ ، فقد شرَط خِلافَ شَرْطِ اللهِ ، كشَرْطِه فى الإمامَةِ تقْديمَ غيرِ الأعْلَمِ ، والنَّاظِرُ مُنَفِّذٌ لما شرَطَه الواقِفُ . انتهى . وإنْ شرَط أنْ لا يُنَزَّلَ فاسِقٌ ولا شِرِّيرٌ ، ولا مُتَجوِّهٌ ونحوُه ، عُمِلَ به ، وإلَّا توَجَّهَ أنْ لا يُعْتَبَرَ فى فُقَهاءَ ، ونحوِهم . وفى إمامٍ ومُؤَذِّنٍ الخِلافُ . قال فى « الفُروعِ » : وهو ظاهِرُ كلامِهم ، [٢٤٦/٢و] وكلامِ شيْخِنا فى مَوْضِعٍ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أيضًا : لا يجوزُ أنْ يُنَزَّلَ فاسِقٌ فى جِهَةٍ دِينِيَّةٍ ؛ كمدْرَسَةٍ وغيرِها مُطْلَقًا ؛ لأنَّه يجِبُ الإنْكارُ عليه وعُقوبَتُه ، فكيفَ يُنَزَّلُ ؟ وقال أيضًا : إنْ نُزِّلَ مُسْتَحِقٌّ تنْزِيلًا شرْعِيًّا ، لم يَجُزْ صَرْفُه بلا مُوجِبٍ شَرْعِيٍّ . انتهى .

فائدة : قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لو حكَم حاكِمٌ بمَحْضَرٍ ؛ كوَقْفٍ فيه شرُوطٌ ، ثم ظهَر كِتابُ الوَقْفِ غيرَ ثابتٍ ، وجَب ثُبوتُه ، والعَمَلُ به إنْ أمْكَنَ . وقال أيضًا : لو أقَرَّ المَوْقوفُ عليه ، أنَّه لا يسْتَحِقُّ فى هذا الوَقْفِ إلَّا مِقْدارًا معْلومًا ، ثم ظهَر شَرْطُ الواقِفِ بأنَّه يسْتَحِقُّ أكْثَرَ ، حُكِمَ له بمُقْتَضَى شَرْطِ الواقِفِ ، ولا يَمْنَعُ مِن ذلك الإقْرارُ المُتقَدِّمُ . انتهى .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : وإخْراجِ مَن شاءَ بصِفَةٍ ، وإدْخالِه بصِفَةٍ . أنَّ الواقِفَ لو شرَط للنَّاظِرِ إخراجَ مَن شاءَ بصِفَةٍ مِن أهْلِ الوَقْفِ ، وإدْخالَ غيرِه بصِفَةٍ منهم ، جازَ ؛ لأنَّه ليس بإخْراجٍ للمَوْقوفِ عليه مِنَ الوَقْفِ ، وإنَّما هو تَعْليقُ الاسْتِحْقاقِ بصِفَةٍ ، فكأنَّه جعَل له حقًّا فى الوَقْفِ ، إذا اتَّصَفَ بإرادَةِ النَّاظِرِ لِيُعْطِيَه ، ولم يجْعَلْ

الإنصاف

له حقًّا ، إذا انْتَفَتْ تلك الصِّفَةُ فيه . وإنْ شرَط له أنْ يُخرِجَ مَن شاءَ مِن أهْلِ الوَقْفِ ، ويُدْخِلَ مَن شاءَ مِن غيرِهم ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّه شرْطٌ يُنافِى مُقْتَضَى الوَقْفِ ، فأفْسَدَه ، كما لو شرَط أنْ لا يُنْتفَعَ به . قال ذلك المُصَنِّفُ ومَن تابَعه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال الحارِثِىُّ : فرَّق المُصَنِّفُ بينَ المَسْألتَيْن ، قال : والفَرْقُ لا يتَّجِهُ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : كلُّ مُتَصَرِّفٍ بوِلايَةٍ إذا قيلَ : يفْعَلُ ما يشاءُ . فإنَّما هو لمَصْلَحَةٍ شرْعِيَّةٍ ، حتى لو صرَّحَ الواقِفُ بفِعْلِ ما يَهْواه ، وما يَراه مُطْلَقًا ، فشَرْطٌ باطِلٌ ، لمُخالفَتِه الشَّرْعَ ، وغايَتُه أنْ يكونَ شَرْطًا مُباحًا ، وهو باطِلٌ على الصَّحيحِ المَشْهورِ ، حتى لو تَساوَى فِعْلان ، عُمِلَ بالقُرْعَةِ . وإذا قيلَ هنا بالتَّخْييرِ ، فله وَجْهٌ .

فوائد ؛ الأُولَى ، يتَعَيَّنُ مصْرِفُ الوَقْفِ إلى الجِهَةِ المُعَيَّنَةِ له . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ونقَلَه الجماعَةُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه ، وقطَع به أكْثَرُهم ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يجوزُ تغْييرُ شَرْطِ الواقِفِ إلى ماهو أصْلَحُ منه ، وإنِ اخْتلَفَ ذلك باخْتِلافِ الأزْمانِ ، حتى لو وقَف على الفُقَهاءِ ، والصُّوفِيَّةِ ، واحْتاجَ النَّاسُ إلى الجِهادِ ، صُرِفَ إلى الجُنْدِ . وقيل : إنْ سبَّل ماءً للشُّرْبِ ، جازَ الوُضوءُ منه . قال فى « الفُروعِ » : فشُرْبُ ماءٍ مَوْقُوفٍ للوُضوءِ يتَوَجَّهُ عليه ، وأوْلَى . وقال الآجُرِىُّ فى الفَرَسِ الحَبِيسِ : لا يُعِيرُه ولا يُؤْجِرُه إلَّا لنَفْعِ الفَرَسِ ، ولا يَنْبَغِى أنْ يَرْكَبَه فى حاجَةٍ إلَّا لتأْدِيبِه وجَمالِ المُسْلِمين ورِفْعَةِ هم ، أو غَيْظَةٍ للعَدُوِّ ، وتقدَّم وَجْهٌ بتَحْريمِ الوُضوءِ مِن ماءِ زَمْزَمَ . قال فى « الفُروعِ » : فعلى نَجاسَةِ المُنْفَصِلِ واضِحٌ ، وقيل : لمُخالفَةِ شَرْطِ الواقِفِ ، أنَّه لو سبَّل ماءً للشُّرْبِ ، فى كَراهَةِ الوُضوءِ منه وتَحْريمِه وَجْهان فى « فَتاوَى ابنِ

الإنصاف الزَّاغُونِيِّ » وغيرِها . وعنه ، يجوزُ إخْراجُ بُسُطِ المَسْجِدِ وحُصُرِه لمَن ينْتَظِرُ الجِنازَةَ . وأمَّا رُكوبُ الدَّابَّةِ لعَلْفِها وسَقْيِها ، فيجوزُ . نقَلَه الشَّالَنْجِيُّ . وجزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . الثَّانيةُ ، إذا شرَط الواقِفُ لناظِرِه أُجْرَةً ، فكُلْفَتُه عليه حتى تَبْقَى أُجْرَةُ مِثْلِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ ، ومَن تَبِعَه : كُلْفَتُه مِن غَلَّةِ الوَقْفِ . قيل للشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ : فله العادَةُ بلا شَرْطٍ ؟ فقال : ليس له إلَّا ما يُقابِلُ عمَلَه . وتقدَّم فى بابِ الحَجْرِ ، إذا لم يَشْرُطِ الواقِفُ للنَّاظِرِ أُجْرَةً ، هل له الأخْذُ أم لا ؟ الثَّالثةُ ، قال الحارِثِيُّ : إذا أسْنَدَ النَّظَرَ إلى اثْنَيْن ، لم يتَصَرَّفْ أحدُهما بدُونِ شَرْطٍ . وكذا إنْ جَعَلَه الحاكِمُ أو النَّاظِرُ إليهما . وأمَّا إذا شرَطَه لكُلِّ واحدٍ مِنِ اثْنَيْن ، اسْتقَلَّ كلٌّ منهما بالتَّصَرُّفِ ؛ لاسْتِقْلالِ كلٍّ منهما بالنَّظَرِ . وقال فى « المُغْنِى »[1] : إذا كان المَوْقوفُ عليه ناظِرًا ؛ إمَّا بالشَّرْطِ ، وإمَّا لانْتِفاءِ ناظِرٍ مَشْروطٍ ، وكان واحِدًا ، اسْتَقَلَّ به ، وإنْ كانوا جماعَةً ، فالنَّظَرُ للجميعِ ، كلُّ إنْسانٍ فى حِصَّتِه . انتهى . قال الحارِثِيُّ : والأظْهَرُ أنَّ الواحِدَ منهم فى حالَةِ الشَّرْطِ لا يسْتَقِلُّ بحِصَّتِه ؛ لأنَّ النَّظَرَ مُسْنَدٌ إلى الجميعِ ، فوَجَب الشَّرِكَةُ فى مُطْلَقِ النَّظَرِ ، فما مِن نَظَرٍ[2] إلَّا وهو مُشْتَرِكٌ . وإنْ أسْنَدَه إلى عَدْلَيْن مِن وَلَدِه ، فلم يُوجَدْ إلَّا واحِدٌ ، أو أَبَى أحدُهما ، أو ماتَ ، أقامَ الحاكِمُ مُقامَه آخَرَ ؛ لأنَّ الواقِفَ لم يَرْضَ بواحدٍ ، وإنْ جعَل كلًّا منهما مُسْتَقِلًّا ، لم يحْتَجْ إلى إقامَةِ آخَرَ ؛ لأنَّ البَدَلَ مُسْتَغْنًى عنه ، واللَّفْظُ لايدُلُّ عليه . وإنْ أسْنَدَه إلى الأفْضَلِ فالأفْضَلِ مِن وَلَدِه ، وأَبَى الأفْضَلُ القَبُولَ ، فهل ينْتَقِلُ إلى الحاكمِ

(١) المغنى ٨/٢٣٧ .
(٢) فى ط : « ناظر » .

الإنصاف

مُدَّةَ بَقائِه ، أو إلى مَن يَلِيه ؟ فيه الخِلافُ الذى فيما إذا ردَّ البَطْنُ الأوَّلُ ، على ما تقدَّم . قالَه الحارِثِىُّ . قلتُ : وهى قريبةٌ ممَّا إذا عضَل [٢/٢٤٦ظ] الوَلِىُّ الأقْرَبُ ، هل تنْتَقِلُ الوِلايَةُ إلى الحاكِمِ ، أو إلى مَن يَلِيه مِنَ الأولِياءِ ؟ على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أرْكانِ النِّكاحِ . وإنْ تعَيَّنَ أحدُهم لفَضْلِه ، ثم صارَ فيهم مَن هو أفْضَلُ منه ، انْتقَلَ إليه لوُجودِ الشَّرْطِ فيه . الرَّابعَةُ ، لو تنازَعَ ناظِران فى نَصْبِ إمامَةٍ ؛ نصَب أحدُهما زيْدًا ، والآخَرُ عَمْرًا ؛ إنْ لم يسْتَقِلَّا ، لم تنْعَقِدِ الوِلايَةُ ؛ لانْتِفاءِ شَرْطِها ، وإنِ اسْتَقَلَّا وتَعاقَبا ، انْعقَدَتْ للأَسْبَقِ ، وإنِ اتَّحدا واسْتَوَى المَنْصُوبان ، قُدِّمَ أحدُهما بالقُرْعَةِ . الخامسةُ ، تشْتَمِلُ على أحْكامٍ جَمَّةٍ مِن أحْكامِ النَّاظِرِ ؛ إذا عزَل الواقِفُ مَن شرَط النَّظَرَ له ، لم ينْعَزِلْ ، إلَّا أنْ يَشْرُطَ لنَفْسِه وِلايَةَ العَزْلِ . قطَع به الحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » . ولو ماتَ هذا النَّاظِرُ فى حياةِ الواقِفِ ، لم يَمْلِكِ الواقِفُ نَصْبَ ناظِرٍ بدُونِ شَرْطٍ ، وانْتقَلَ الأمْرُ إلى الحاكِمِ ، وإنْ ماتَ بعدَ وَفاةِ الواقِفِ ، فكذلك ، بلا نِزاعٍ . وإنْ شرَط الواقِفُ النَّظَرَ لنَفْسِه ، ثم جعَلَه لغيرِه ، أو فوَّضَه إليه ، أو أسْنَدَه ، فهل له عَزْلُه ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، له عَزْلُه . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فقال : وإنْ قال : وَقَفْتُ كذا بشَرْطِ أنْ ينْظُرَ فيه زَيْدٌ . أو : على أنْ ينْظُرَ فيه . أو قال عَقِبَه : جعَلْتُه ناظِرًا فيه . أو جعَل النَّظَرَ له ، صحَّ ، ولم يَمْلِكْ عَزْلَه . وإنْ شرَطَه لنَفْسِه ، ثم جعَلَه لزَيْدٍ ، أو قال : جعَلْتُ نظَرِى له . أو : فوَّضْتُ إليه ما أمْلِكُه مِنَ النَّظَرِ . أو : أسْنَدْتُه إليه . فله عزْلُه ، ويَحْتَمِلُ عدَمَه . انتهى . قال الحارِثِىُّ : إذا كان الوَقْفُ على جِهَةٍ لاتنْحَصِرُ كالفُقَراءِ والمَساكِينِ ، أو على مَسْجِدٍ ، أو مدْرَسَةٍ ، أو قَنْطَرَةٍ ، أو رِباطٍ ، ونحوِ ذلك ، فالنَّظَرُ للحاكِمِ ، وَجْهًا واحدًا . وللشَّافِعِيَّةِ وَجْهٌ ، أنَّه

الإنصاف للواقِفِ . وبه قال هِلَالُ الرَّأْيِ[1] ، مِنَ الحَنَفِيَّةِ . قال الحارِثِيُّ : وهو الأَقْوَى . فعليه ، له نَصْبُ ناظِرٍ مِن جِهَتِه ، ويكونُ نائِبًا عنه ، يَمْلِكُ عزْلَه متى شاءَ ؛ لأَصالَةِ وِلايَتِه ، فكان مَنصوبُه نائِبًا عنه ، كما فى المِلْكِ المُطْلَقِ . وله الوَصِيَّةُ بالنَّظَرِ ؛ لأَصالَةِ الوِلايَةِ ، إذا قيل بنَظَرِه له أنْ يَنْصِبَ ويعْزِلَ أيضًا كذلك . انتهى . والوَجْهُ الثَّانِى ، ليس له عزْلُه . وهو الاحْتِمالُ الذى فى « الرِّعايَةِ » . وللنَّاظِرِ بالأَصالَةِ أنْ يَنْصِبَ ويَعْزِلَ أيضًا بشَرْطِه . والمُرادُ بالنَّاظِرِ بالأَصالَةِ المَوْقوفُ عليه ، أو الحاكِمُ . قالَه القاضى مُحِبُّ الدِّينِ ابنُ نَصْرِ اللهِ . وأمَّا النَّاظِرُ المَشْروطُ ، فليس له نَصْبُ ناظِرٍ ؛ لأنَّ نظَرَه مُسْتَفادٌ بالشَّرْطِ ، ولم يُشْرَطِ النَّصْبُ له . وإنْ قيل بروايَةِ توْكيلِ الوَكيلِ ، كان له بالأَوْلَى ؛ لتأَكُّدِ وِلايَتِه مِن جِهَةِ انْتِفاءِ عزْلِه بالعَزْلِ ، وليس له الوَصِيَّةُ بالنَّظَرِ أيضًا . نصَّ عليه فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ ؛ لأنه إنَّما يَنْظُرُ بالشَّرْطِ ، ولم يُشْرَطِ الإِيصاءُ له ، خِلافًا للحَنَفِيَّةِ . ومَن شُرِطَ لغيرِه النَّظَرُ إنْ ماتَ ، فعزَلَ نفْسَه أو فَسَقَ ، فهو كمَوْتِه ؛ لأنَّ تخْصِيصَه للغالِبِ . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ، لا . وقال : ولو قال : النَّظَرُ بعدَه له . فهل هو كذلك ، أو المُرادُ بعدَ نظَرِه ؟ يتَوَجَّهُ وَجْهان . انتهى . وللنَّاظِرِ التَّقْريرُ فى الوَظائفِ . قال فى « الفُروعِ » : قالَه الأصحابُ فى ناظِرِ المَسْجِدِ . قال الحارِثِيُّ : المَشْروطُ له نظَرُ المَسْجِدِ ، له نَصْبُ مَن يقُومُ بوَظائِفِه ؛ مِن إمامٍ ، ومُؤَذِّنٍ ، وقَيِّمٍ ، وغيرِهم ، كما أنَّ لناظِرِ المَوْقوفِ عليه نَصْبَ مَن يقومُ بمَصْلَحَتِه ؛ مِن جابٍ ونحوِه . وإنْ لم يُشْرَطْ ناظِرٌ ، لم يكُنْ للواقِفِ وِلايَةُ النَّصْبِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، وابنِ بَخْتانَ . قال الحارِثِيُّ : ويَحْتَمِلُ خِلافَه على ما تقدَّم . فعلى الأَوَّلِ ، للإِمامِ وِلايَةُ

---

(١) هو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى ، لقب بالرأى لسعة علمه وكثرة فقهه . له « مصنف فى الشروط » ، و « أحكام الوقف » . توفى سنة خمس وأربعين ومائتين . الجواهر المضية ٥٧٢/٣ ، ٥٧٣ .

الإنصاف

النَّصْبِ ؛ لأنَّه مِنَ المَصالحِ العامَّةِ . وقال فى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » : إنْ كان المَسْجِدُ كبيرًا ؛ كالجَوامِعِ ، وماعَظُمَ وكثُرَ أهْلُه ، فلا يَؤُمُّ فيها إلَّا مَن ندَبَه السُّلْطانُ ، وإنْ كان مِنَ المَساجِدِ التى يَبْنِيها أهْلُ الشَّوارِعِ والقَبائلِ ، فلا اعْتِراضَ عليهم ، والإمامَةُ فيها لمَنِ اتَّفَقُوا عليه ، وليس لهم بعدَ الرِّضا به عزْلُه عن إمامَتِه ، إلَّا أنْ يتَغَيَّرَ . قال الحارِثِىُّ : والأصحُّ أنَّ للإمامِ النَّصْبَ أيضًا ، لكِنْ لا يَنْصِبُ مَن لا يرْضاه الجِيرانُ ، وكذلك النَّاظِرُ الخاصُّ لا يَنْصِبُ مَن لا يرْضَونه . وقال الحارِثِىُّ أيضًا : وهل لأهْلِ المَسْجِدِ نَصْبُ ناظرٍ فى مَصالِحِه ووَقْفِه ؟ ظاهِرُ المذهبِ ، ليس لهم ذلك ، كما فى نصْبِ الإمامِ والمُؤَذِّنِ . هذا إذا وُجِدَ نائبٌ مِن جِهَةِ الإمامِ . فأمَّا إذا لم يُوجَدْ ؛ كما فى القُرَى الصِّغارِ أو الأماكنِ النَّائيةِ ، أو وُجِدَ ، وكان غيرَ مأْمونٍ ، أو يَغْلِبُ عليه نصْبُ مَن ليس مأْمونًا ، فلا إشْكالَ فى أنَّ لهم النَّصْبَ ؛ تَحْصِيلًا للغَرَضِ ، ودَفْعًا للمَفْسَدَةِ . وكذا ماعداه مِنَ الأوْقافِ ، لأهْلِ ذلك الوَقْفِ ، أو الجِهَةِ نَصْبُ ناظرٍ فيه كذلك . وإنْ تعَذَّرَ [٢٤٧/٢و] النَّصْبُ مِن جِهَةِ هؤلاءِ ، فلرَئيسِ القَرْيَةِ أوِ المكانِ ، النَّظَرُ والتَّصَرُّفُ ؛ لأنَّه محَلُّ حاجَةٍ . ونصَّ أحمدُ على مِثْلِه . انتهى . قال فى « الفُروعِ » : وذكَر فى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » أنَّ الإمامَ يُقَرِّرُ فى الجَوامِعِ الكِبارِ ، كما تقدَّم ، ولا يتوَقَّفُ الاسْتِحْقاقُ على نصْبِه إلَّا بَشْرطٍ ، ولا نظَرَ لغيرِ النَّاظِرِ معه . قال فى « الفُروعِ » : أطْلَقه الأصحابُ ، وقالَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . ويتَوَجَّهُ مع حُضورِه ، فيُقَرِّرُ حاكِمٌ فى وَظِيفَةٍ خلَتْ فى غَيْبَتِه ، لِمَا فيه مِنَ القِيامِ بَلفْظِ الواقِفِ فى المُباشَرَةِ ودَوامِ نَفْعِه ، فالظَّاهِرُ أنَّه يُريدُه . ولا حُجَّةَ فى توْلِيَةِ الأئمَّةِ مع البُعْدِ ؛ لمَنْعِهم غيرَهم التَّوْلِيَةَ . فنَظِيرُه منْعُ الواقِفِ التَّوْلِيَةَ لغَيْبَةِ النَّاظِرِ ، ولو سبَق توْلِيَةُ ناظرٍ غائبٍ ، قُدِّمَتْ . وللحاكِمِ النَّظَرُ العامُّ ، فيَعْتَرِضُ عليه ، إنْ فعَل ما لا يَسُوغُ ، وله ضمُّ أمينٍ مع تفْريطِه أو تُهْمَتِه ، يحصُلُ

به المَقْصُودُ . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وغيرُه . وقال أيضًا : ومَن ثبَت فِسْقُه ، أو أصَرَّ مُتَصَرِّفًا بخِلافِ الشَّرْطِ الصَّحيحِ ، عالِمًا بتَحْريمِه ، قُدِحَ فيه ؛ فإمَّا أنْ يَنْعزِلَ ، أو يُعْزَلَ ، أو يُضَمَّ إليه أمِينٌ ، على الخِلافِ المَشْهورِ ، ثم إنْ صارَ هو أو الوَصِيُّ أهْلًا ، عادَ ، كما لو صرَّح به ، وكالمَوْصُوفِ . وقال أيضًا : متى فرَّط ، سقَط ممَّا له بقَدْرِ ما فوَّتَه مِنَ الواجِبِ . انتهى . وقال فى « التَّلْخيصِ » : لو عُزِلَ عن وَظِيفَتِه للفِسْقِ ، مثَلًا ، ثم تابَ ، وأظْهَرَ العَدالَةَ ، يتَوَجَّهُ أنْ يُقالَ فيها ما قيلَ فى مَسْأَلَةِ الشَّهادَةِ ، أو أوْلَى ؛ لأنَّ تُهْمَةَ الإنْسانِ فى حقِّ نفْسِه ومَصْلَحَتِه أبْلَغُ منها فى حقِّ الغيرِ . والظَّاهِرُ أنَّ مُرادَه بالخِلافِ المَشْهورِ ، ماذكَرَه الأصحابُ فى المُوصَى إليه ، إذا فَسَقَ ، هل ينْعَزِلُ أو يُضَمُّ إليه أمِينٌ ؟ على ما يأْتِى . (١ويأْتِى بَيانُ ذلك أيضًا قريبًا ، فى الفائدَةِ السَّابِعَةِ١) . وقال فى « الأحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » : يسْتَحِقُّ مالَه ، إنْ كان معْلومًا ، فإنْ قصَّر ، فترَك بعضَ العمَلِ ، لم يسْتَحِقَّ ما قابلَه ، وإنْ كان بجِنايَةٍ منه ، اسْتَحَقَّه ، ولا يسْتَحِقُّ الزِّيادَةَ . وإنْ كان مَجْهولًا ، فأُجْرَةُ مِثْلِه ، فإنْ كان مُقَدَّرًا فى الدِّيوانِ ، وعمِلَ به جماعَةٌ ، فهو أُجْرُ المِثْلِ . وإنْ لم يُسَمِّ له شيئًا ، فقال فى « الفُروعِ » : قِياسُ المذهبِ ، إنْ كان مَشْهورًا بأَخذِ الجارِى على عمَلِه ، فله جارِى مِثْلِه ، وإلَّا فلا شئَ له ، وله الأجْرُ مِن وَقْتِ نَظَرِه فيه . قالَه الأصحابُ ، والشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ومَن أطْلَقَ النَّظَرَ لحاكِمٍ ، شَمِلَ أيَّ حاكِمٍ كان ؛ سواءٌ كان مذهبُه مذهبَ حاكمِ البَلَدِ زمنَ الوَقْفِ ، أوْ لا ، وإلَّا لم يكُنْ له نظَرٌ ، إذا انْفرَدَ ، وهو باطِلٌ اتِّفاقًا . وقد أفْتَى الشَّيْخُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الإنصاف

نَصْرُ اللهِ الحَنْبَلِىُّ ، والشَّيْخُ بُرْهانُ الدِّينِ (١) وَلَدُ صاحِبِ « الفُروعِ » ، فى وَقْفٍ شرَط واقِفُه أنَّ النَّظَرَ فيه لحاكمِ المُسْلِمين ؛ كائنًا مَن كان ، بأنَّ الحُكَّامَ إذا تعَدَّدُوا ، يكونُ النَّظَرُ فيه للسُّلْطانِ ، يُوَلِّيه مَن شاءَ مِنَ المُتَأَهِّلِين لذلك . ووافق على ذلك القاضى سِراجُ الدِّينِ ابنُ البُلْقِينىِّ (٢) ، وشِهابُ الدِّينِ البَاعُونِىُّ (٣) ، وابنُ الهائمِ (٤) ، والتَّفِهْنِىُّ الحَنَفِىُّ (٥) ، والبِساطِىُّ المالِكِىُّ (٦) . وقال القاضى نَجْمُ الدِّينِ ابنُ حِجِّىٍّ (٧) ، نقْلًا ومُوافَقَةً للمُتَأَخِّرِين : إنْ كان صادِرًا مِنَ الواقِفِ قبلَ

---

(١) هو إبراهيم بن محمد بن مفلح تقى الدين ، ويقال : برهان الدين ، يعرف كأبيه بابن مفلح ، أخذ عن أبيه ، وولى قضاء الحنابلة بدمشق ، وكان إماما فاضلا بارعا ، فقيها ، عالما بمذهبه . توفى سنة ثلاثين وثمانمائة . السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة ، لابن حميد الحنبلى ق ٨ .

(٢) عمر بن رسلان بن نصير ، البلقينى ، سراج الدين ، أبو حفص . إمام محدث حافظ فقيه مفسر ، تولى قضاء دمشق ، صنف حواش على المهمات على « الروضة » فى فروع الفقه الشافعى وغيره . توفى سنة خمس وثمانمائة . الضوء اللامع ٦/ ٨٥ - ٩٠ .

(٣) إبراهيم بن أحمد بن ناصر الدمشقى الباعونى ، برهان الدين ، شيخ الأدب فى البلاد الشامية ، عرض عليه القضاء بدمشق بالإلحاح فأبى ، وكان ينعت بقاضى القضاة ، له مصنفات منها « مختصر الصحاح » للجوهرى . توفى سنة سبعين وثمانمائة . الأعلام ١/ ٢٣ .

(٤) محمد بن أحمد بن محمد بن عماد المقدسى ، محب الدين ، أبو الفتح ابن الهائم . مصرى الأصل اشتغل بالفقه والحديث ، وخرج لنفسه ولغيره ، صنف « الغرر المضية فى شرح نظم الدرر السنية » وهو شرح لألفية العراق فى نظم السيرة النبوية . توفى سنة ثمان وتسعين وسبعمائة . شذرات الذهب ٦/ ٣٥٥ .

(٥) عبد الرحمن بن على بن عبد الرحمن بن على التفهنى الحنفى ، زين الدين ، قاضى القضاة ، مهر فى الفقه والعربية والمعانى ، وناب فى الحكم ، وولى التدريس ، ثم قضاء الحنفية ، فباشره مباشرة حسنة . توفى سنة خمس وثلاثين وثمانمائة . بغية الوعاة ٢/ ٨٤ .

(٦) هو محمد بن أحمد بن عثمان الطائى البساطى ، شمس الدين ، أبو عبد الله . فقيه مالكى ، تولى القضاء بالديار المصرية ، صنف « المغنى » فى الفقه ، و « شفاء الغليل فى مختصر خليل » . توفى سنة اثنتين وأربعين وثمانمائة . شذرات الذهب ٧/ ٢٤٥ .

(٧) أحمد بن حجى بن موسى بن أحمد السعدى الدمشقى ، شهاب الدين . حافظ مؤرخ ، يلقب بمؤرخ الإسلام ، انتهت إليه مشيخة الشيوخ فى البلاد الشامية ، وصنف كتبا جليلة . توفى سنة ثمانمائة وستة عشر . الأعلام ١/ ١٠٥ .

الإنصاف

حُدوثِ القُضاةِ الثَّلاثَةِ ، فالمُرادُ الشَّافِعِيُّ ، وإلَّا فهو الشَّافِعِيُّ أيضًا على الرَّاجِحِ . ولو فوَّضَه حاكِمٌ ، لم يَجُزْ لآخَرَ نقْضُه . ولو وَلَّى كلٌّ واحِدٌ منهما شخْصًا ، قَدَّم وَلِيُّ الأمْرِ أحقَّهما . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لايجوزُ لواقِفٍ شَرْطُ النَّظَرِ لذِى مذهبٍ مُعَيَّنٍ دائمًا . وقال أيضًا : ومَن وقَف على مُدَرِّسٍ وفُقَهاءَ ، فللنَّاظِرِ ثم الحاكِمِ تقْديرُ أُعْطِيَتِهم ، فلو زادَ النَّماءُ ، فهو لهم . والحُكْمُ بتَقْديمِ مُدَرِّسٍ أو غيرِه باطِلٌ ، لم نعلمْ أحدًا يُعْتَدُّ به قال به ، ولا بما يُشْبِهُه ، ولو نفَّذَه حُكَّامٌ ، وبُطْلانه لمُخالفَتِه مُقْتَضَى الشَّرْطِ والعُرْفِ أيضًا ، وليس تقْديرُ النَّاظرِ أمْرًا حَتْمًا كتَقْديرِ الحاكمِ ، بحيثُ لايجوزُ له ولا لغيرِه زِيادَتُه ونَقْصُه للمَصْلَحَةِ . وإنْ قيلَ : إنَّ المُدَرِّسَ لايزادُ ولا يُنْقَصُ بزِيادَةِ النَّماءِ ونَقْصِه . كان باطِلًا ؛ لأنَّه لأنه لهم . والقِياسُ أنه يُسَوَّى بينَهم ، ولو تفاوَتُوا فى المَنْفَعَةِ ، كالإمامِ والجَيْشِ فى المَغْنَمِ ، لكِنْ دلَّ العُرْفُ على التَّفْضيلِ ، وإنَّما قُدِّمَ القَيِّمُ ونحوُه ، لأنَّ ما يأْخُذُه أُجْرَةٌ ، ولهذا يحْرُمُ أخْذُه فوقَ أُجْرَةِ مِثْلِه بلا شَرْطٍ . انتهى كلامُه مُلَخَّصًا . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ : إذا وقَف على مَن يُمْكِنُ حَصْرُه . قال فى « الفُروعِ » : وجُعِلَ الإمامُ والمُؤَذِّنُ كالقَيِّمِ ، بخِلافِ المُدَرِّسِ ، والمُعيدِ ، والفُقَهاءِ ؛ فإنَّهم مِن جِنْسٍ واحدٍ . وذكَر بعضُهم فى مُدرِّسٍ ، وفُقهاءَ ومُتَفَقِّهَةٍ ، وإمامٍ ، وقَيِّمٍ ، ونحوِ ذلك ، يُقْسَمُ بينَهم بالسَّوِيَّةِ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ رِوايَتا عامِلِ زكاةٍ ، الثَّمَنُ ، أو الأُجْرَةُ . انتهى . قال فى « الفائقِ » : ولو شرَط على مُدَرِّسٍ وفُقهاءَ وإمامٍ ، فلكُلٍّ جِهَةٍ الثُّلُثُ . ذكَرَه ابنُ الصَّيْرَفِىِّ فى لَفْظِ المَنافِعِ . قلتُ : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أخْذًا مِن روايَتَى مَدْفوعِ العامِلِ ، هل هو الثَّمَنُ ؛ اعْتِبارًا بالقِسْمَةِ ، أو أُجْرَةُ مِثْلِه بالنِّسْبَةِ ؟ انتهى . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ولو عطَّلَ مُغِلٌّ وَقْفَ مَسْجدٍ سنَةً ، تقَسَّطَتِ الأُجْرَةُ المُسْتَقْبَلَةُ عليها ، وعلى السَّنةِ [٢٤٧/٢ظ] الأُخْرَى ، لتَقُومِ

الإنصاف

الوظيفَةِ فيهما ؛ لأنَّه خيرٌ مِنَ التَّعْطيلِ ، ولا يَنْقُصُ الإمامُ بسَبَبِ تعَطُّلِ الزَّرْعِ بعضَ العامِ . قال فى « الفُروعِ » : فقد أدْخَلَ مُغِلٌّ سنَةً فى سنَةٍ . وقد أفْتَى غيرُ واحدٍ منَّا فى زمَنِنا فيما نقَص عمَّا قدَّرَه الواقِفُ كلَّ شَهْرٍ ، أنَّه يُتَمَّمُ ممَّا بعدَه ، وحكَم به بعضُهم بعدَ سِنِين ؛ قال : ورَأَيْتُ غيرَ واحدٍ لايَراه . انتهى . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ومَن لم يَقُمْ بوَظِيفَتِه ، عزَلَه مَنْ له الولايَةُ لمَن يقومُ بها ، إذا لم يَتُبِ الأوَّلُ ويَلْتَزِمُ بالواجِبِ . ويجِبُ أنْ يُوَلَّى فى الوَظائفِ وإمامَةِ المَساجدِ الأحَقُّ شَرْعًا ، وأنْ يعْمَلَ بما يقْدِرُ عليه مِن عمَلٍ واجِبٍ . وقال فى « الأحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » : وِلايَةُ الإمامَةِ بالنَّاسِ طَرِيقُها الأَوْلَى ، لا الوُجوبُ ، بخِلافِ وِلايَةِ القَضاءِ والنِّقابَةِ ؛ لأنَّه لو تَراضَى النَّاسُ بإمامٍ يُصَلِّى لهم ، صحَّ ، ولا يجوزُ أنْ يؤُمَّ فى المَساجدِ السُّلْطانِيَّةِ ، وهى الجوامِعُ ، إلَّا مَن وَلَّاه السُّلْطانُ ؛ لِئَلَّا يُفْتَاتَ عليه فيما وُكِّلَ إليه . وقال فى « الرِّعايَةِ » : إنْ رَضُوْا بغيرِه بلا عُذْرٍ ، كُرِهَ ، وصحَّ فى المذهبِ . ذكَرَه فى آخِرِ الأذانِ . السَّادسةُ ، لو شرَط الواقِفُ ناظِرًا ، ومُدَرِّسًا ، ومُعيدًا ، وإمامًا ، فهل يجوزُ لشَخْصٍ أنْ يقومَ بالوَظائفِ كلِّها ، وتَنْحَصِرَ فيه ؟ صرَّح القاضى فى « خِلافِه الكَبيرِ » بعَدَمِ الجوازِ فى الفَيْءِ ، بعدَ قَوْلِ الإمامِ أحمدَ : لا يتموَّلُ الرَّجُلُ مِنَ السَّوادِ . وأطالَ فى ذلك . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فى « الفَتاوَى المِصْرِيَّةِ » : وإنْ أمْكَنَ أنْ يجْمَعَ بينَ الوَظائفِ لواحِدٍ ، فعَل . انتهى . (1وتقدَّم لابنِ رَجَبٍ قريبٌ مِن ذلك فى الفائِدَةِ السَّابعَةِ(2) قريبًا1) . السَّابعَةُ ، يُشْتَرَطُ فى النَّاظِرِ الإسْلامُ ، والتَّكْليفُ ، والكِفايَةُ فى التَّصَرُّفِ ، والخِبْرَةُ به ، والقُوَّةُ عليه . ويُضَمُّ

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) فى ط : « السابقة » وانظر صفحة ٤٣٨ .

الإنصاف

إلى الضَّعيفِ قَوِيٌّ أمِينٌ . ثم إنْ كان النَّظَرُ لغيرِ المَوْقُوفِ عليه ، وكانتْ تَوْلِيَتُه مِنَ الحاكمِ ، أو النَّاظِرِ ، فلابُدَّ مِن شَرْطِ العَدالَةِ فيه . قال الحارِثِيُّ : بغيرِ خِلافٍ عَلِمْتُه . وإنْ كانتْ تَوْلِيَتُه مِنَ الواقِفِ ، وهو فاسِقٌ ، أو كان عَدْلًا ففَسَق ، فقالَ المُصَنِّفُ وجماعةٌ : يصِحُّ ، ويُضَمُّ إليه أمِينٌ . ويَحْتَمِلُ أنْ لايَصِحَّ تَوْلِيَةُ الفاسِقِ ، ويَنْعَزِلُ إذا فسَق . وقال الحارِثِيُّ : ومِن مُتأَخِّرِى الأصحابِ مَن قال بما ذكَرْنا فى الفِسْقِ الطارِئ ، دُونَ المُقارِنِ للوِلايَةِ ، والعكْسُ أنْسَبُ ؛ فإنَّ فى حالِ المُقارَنَةِ مُسامَحَةً لما يُتَوَقَّعُ منه ، بخِلافِ حالَةِ الطَّرَيانِ . انتهى . وإنْ كان النَّظَرُ للمَوْقوفِ عليه ؛ إمَّا بجَعْلِ الواقِفِ النَّظَرَ له ، أو لكَوْنِه أحَقَّ بذلك عندَ عدَمِ ناظِرٍ ، فهو أحقُّ بذلك ؛ رجُلًا كان أوِ امْرأةً ؛ عدْلًا كان أو فاسِقًا ؛ لأنَّه ينْظُرُ لنَفْسِه . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيلَ : يُضَمُّ إلى الفاسِقِ أمِينٌ . قال الحارِثِيُّ : أمَّا العَدالَةُ ، فلا تُشْتَرَطُ ، ولكِنْ يُضَمُّ إلى الفاسِقِ عَدْلٌ . ذكَرَه ابنُ أبِى مُوسى ، والسَّامَرِّىُّ ، وغيرُهما ؛ لما فيه مِنَ العمَلِ بالشَّرْطِ ، وحِفْظِ الوَقْفِ . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وتقدَّم إذا كان النَّظَرُ للمَوْقوفِ عليه ، وكان غيرَ أهْلٍ ؛ لصِغَرٍ ، أو سَفَهٍ ، أو جُنونٍ ، فإنَّ وَلِيَّه يقومُ مَقامَه فى النَّظَرِ ، إنْ قُلْنا : الوَقْفُ يَمْلِكُه المَوْقوفُ عليه . وإلَّا الحاكِمُ . الثَّامنةُ ، وَظِيفَةُ النَّاظِرِ ؛ حِفْظُ الوَقْفِ ، والعِمارَةُ ، والإِيجارُ ، والزِّراعَةُ ، والمُخاصَمَةُ فيه ، وتحْصِيلُ رَيْعِه ؛ مِن أجْرِه ، أو زَرْعِه ، أو ثَمَرِه ، والاجْتِهادُ فى تَنْمِيَتِه ، وصَرْفُه فى جِهاتِه ؛ مِن عِمارَةٍ وإصْلاحٍ ، وإعْطاءِ مُسْتَحِقٍّ ، ونحوِ ذلك ، وله وَضْعُ يَدِه عليه ، وعلى الأصْلِ . ولكِنْ إذا شرَط التَّصَرُّفَ له ، واليَدَ لغيرِه ، أو عِمارَتَه إلى واحدٍ ، وتَحْصِيلَ رَيْعِه إلى آخَرَ ، فعلى ما شرَطَ . قالَه الحارِثِيُّ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ونَصْبُ المُسْتَوْفِى الجامِعَ للعُمَّالِ المُتَفَرِّقِين ، وهو بحَسَبِ الحاجَةِ ، والمَصْلَحَةِ ، فإنْ لم تَتِمَّ مَصْلَحَةُ قَبْضِ المالِ وصَرْفِه إلَّا به ،

الإنصاف

وجَب ، وقد يُسْتَغْنَى عنه لقِلَّةِ العُمَّالِ . قال : ومُباشَرَةُ الإمامِ المُحاسَبَةَ بنَفْسِه ، كنَصْبِ الإمامِ الحاكِمَ ، ولهذا كان ، عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ ، يُباشِرُ الحُكْمَ فى المَدِينَةِ بنَفْسِه ، ويُوَلِّى مع البُعْدِ . انتهى . التَّاسعَةُ ، قال الأصحابُ : لا اعْتِراضَ لأهْلِ الوَقْفِ على مَن وَلَّاه الواقِفُ ، إذا كان أمينًا ، ولهم مَسْأَلَتُه عمَّا يحْتاجُون إلى عمَلِه مِن أمْرِ وَقْفِهم ، حتى يَسْتَوِىَ عِلْمُهم وعِلْمُه فيه . قال فى « الفُروعِ » : ونصُّه ، إذا كان مُتَّهَمًا . انتهى . ولهم مُطَالبَتُه بانْتِساخِ كتابِ الوَقْفِ ؛ ليكونَ فى أيْدِيهم وَثِيقَةً لهم . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وتَسْجيلُ كتابِ الوَقْفِ مِنَ الوَقْفِ كالعادَةِ . العاشرةُ ، ما يأْخُذُه الفقَهاءُ مِنَ الوَقْفِ ؛ هل هو كإجارَةٍ أو جَعَالَةٍ ، واسْتُحِقَّ ببعضِ العمَلِ ؛ لأنَّه يُوجِبُ العَقْدَ عُرْفًا ، وهو كالرِّزْقِ مِن بَيْتِ المالِ ؟ فيه ثلاثةُ أقْوالٍ . ذكَرَها الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، واخْتارَ الأخِيرَ ، فقال : وما يُؤْخَذُ مِن بَيْتِ المالِ ، فليس عِوَضًا وأُجْرَةً [٢٤٨/٢و] ، بل رِزْقٌ للإعانَةِ [1]على الطَّاعَةِ[1] ، وكذلك المالُ المَوْقوفُ على أعْمالِ البِرِّ ، والمُوصَى به ، أو المَنْذُورُ له ، ليس كالأُجْرَةِ والجُعْلِ . انتهى . قال القاضى فى « خِلافِه » : ولا يُقالُ : إنَّ منه ما يُؤْخَذُ أُجْرَةً عن عمَلٍ ، كالتَّدْريسِ ونحوِه ؛ لأنَّا نقولُ أوَّلًا : لا نُسَلِّمُ أنَّ ذلك أُجْرَةٌ محْضَةٌ ، بل هو رِزْقٌ وإعانَةٌ على طَلَبِ[2] العِلْمِ بهذه الأمْوالِ . انتهى . وهذا مُوافِقٌ لما قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أيضًا : ممَّن أكَلَ المالَ بالباطِلِ قَوْمٌ لهم رَواتِبُ أضْعافُ حاجَتِهم ، وقَوْمٌ لهم جِهاتٌ معْلُومُها كثيرٌ يأْخُذونه ويَسْتَنِيبُون بيَسِيرٍ . وقال أيضا : النِّيابَةُ فى مِثْلِ هذه الأعْمالِ المَشْرُوطَةِ جائزَةٌ ، ولو عيَّنه الواقِفُ ، إذا كان النَّائبُ مِثْلَ مُسْتَنِيبِه ، وقد يكونُ فى ذلك مَفْسَدَةٌ

(١ - ١) سقط من : ط .

(٢) زيادة من : ا .

المقنع فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ نَاظِرًا ، فَالنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : لِلْحَاكِمِ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ غَلَّتِهِ .

الشرح الكبير **٢٥٧٩** - مسألة : (فإن لم يَشْرُطْ ناظِرًا ، فالنَّظَرُ للمَوْقُوفِ عليه . وقِيلَ : للحاكِمِ ، ويُنْفِقُ عليه مِن غَلَّتِه) النَّظَرُ فى الوَقْفِ لمَن شَرَطَه الواقِفُ ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، جَعَل وَقْفَه إلى حَفْصَةَ ، تَلِيه ما عاشَتْ ، ثم يَلِيه ذُو الرَّأْىِ مِن أَهْلِها[1] . ولأنَّ مَصْرِفَ الوَقْفِ يُتْبَعُ فيه شَرْطُ الواقِفِ ، فكذلك النَّظَرُ . فإن جَعَل النَّظَرَ لنَفْسِه ، جاز ، وإن جَعَلَه إلى غيرِه ، صَحَّ . فإن لم يَجْعَلْه إلى أحدٍ ، أو جَعَلَه لإنْسانٍ فمات ، فالنَّظَرُ للمَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه يَخْتَصُّ بنَفْعِه ، فكان نَظَرُه إليه ، كمِلْكِه المُطْلَقِ . ويَحْتَمِلُ أن يَنْظُرَ فيه الحاكِمُ . اخْتارَه ابنُ أبى موسى . قال شيخُنا[2] : ويَحْتَمِلُ أن يكونَ ذلك مَبْنِيًّا على أنَّ المِلْكَ فيه هل يَنْتَقِلُ إلى

الإنصاف راجِحَةٌ ، كالأعْمالِ المَشْروطَةِ فى الإجارةِ على عَملٍ فى الذِّمَّةِ . انتهى .

قوله : فإنْ لم يَشْتَرِطْ ناظِرًا ، فالنَّظَرُ للمَوْقوفِ عليه - هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، بشَرْطِه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم - وقيل : للحاكِمِ . قطَع به ابنُ أبِى مُوسى ، واخْتارَه الحارِثِىُّ ، وقال : فمِنَ الأصحابِ مَن بنَى هذا الوَجْهَ على القَوْلِ بانْفِكاكِ المَوْقوفِ عن مِلْكِ الآدَمِىِّ ، وليس هو عندِى كذلك ولا بُدَّ ؛ إذْ يجوزُ أنْ يكونَ لحَقٍّ من يأْتِى بعدُ . انتهى . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » . وقال

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩١ .
(٢) فى : المغنى ٨/٢٣٧ .

الشرح الكبير

المَوْقُوفِ عليه ، أو إلى اللهِ تعالى ؟ فإن قُلْنا : هو للمَوْقُوفِ عليه . فالنَّظَرُ له فيه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ عَيْنَه ونَفْعَه . وإن قُلْنا : هو للهِ تعالى . فالحاكِمُ يتَوَلّاه ، ويَصْرِفُه إلى مَصارِفِه ؛ لأنَّه مالُ [٢٢٢/٥ظ] اللهِ ، فكان النَّظَرُ فيه إلى حاكِمِ المُسْلِمِين ، كالوَقْفِ على المَساكِينِ . فأمّا الوَقْفُ على المَساكِينِ والمساجِدِ ونحوِها ، أو على مَن لا يُمْكِنُ حَصْرُهم واسْتِيعابُهم ، فالنَّظَرُ فيه إلى الحاكِمِ ؛ لأنَّه ليس له مالِكٌ مُعَيَّنٌ يَنْظُرُ فيه وللحاكِمِ أن يَسْتَنِيبَ فيه ؛ لأنَّ الحاكِمَ لا يُمْكِنُه تَوَلِّى النَّظَرِ بنَفْسِه .

فصل : ومتى كان النَّظَرُ للمَوْقُوفِ عليه ، إمّا بجَعْلِ الواقِفِ النَّظَرَ له ، أو لكَوْنِه أحَقَّ بذلك عندَ عَدَمِ ناظِرٍ سِواه ، و(1) كان واحِدًا مُكَلَّفًا رَشِيدًا ، فهو أحَقُّ بذلك ، رجلًا كان أو امْرأةً ، عَدْلًا أو فاسِقًا ؛ لأنَّه يَنْظُرُ لنَفْسِه ، فكان له ذلك فى هذه الأحْوالِ ، كمِلْكِه المُطْلَقِ . ويَحْتَمِلُ أن

الإنصاف

المُصَنِّفُ ، ومَن تَبِعَه : ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ ذلك مَبْنِيًّا على أنَّ المِلْكَ فيه ؛ هل يَنْتَقِلُ إلى المَوْقوفِ عليه ، أو إلى اللهِ ؟ فإنْ قُلْنا : هو للمَوْقوفِ عليه . فالنَّظَرُ فيه له ، وإنْ قُلْنا : هو للهِ تعالَى . فالنَّظَرُ للحاكمِ . انتهى . قلتُ : قد تقدَّم أنَّ الخِلافَ هنا مَبْنِيٌّ على الخِلافِ هناك ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِيُّ هنا : إذا قُلْنا : النَّظَرُ للمَوْقوفِ عليه . فيكونُ بِناءً على القَوْلِ بمِلْكِه ، كما هو المَشْهورُ عندَهم . انتهى . فلعَلَّ المُصَنِّفَ ما اطَّلَعَ على ذلك ، فوافَقَ احْتِمالُه ما قالُوه ، أو تكونُ طريقَةً أُخرَى فى المُسْلَمِ ، وهو أقْرَبُ .

---

(1) فى م : « أو » .

الشرح الكبير

يُضَمَّ إلى الفاسِقِ أمِينٌ ؛ حِفْظًا لأصْلِ الوَقْفِ عن البَيْعِ والتَّضْييعِ . وإن كان الوَقْفُ لجَماعَةٍ رَشِيدِين ، فالنَّظَرُ للجَمِيعِ ، لكلِّ إنسانٍ فى حِصَّتِه . فإن كان المَوْقُوفُ عليه صَغِيرًا أو مَجْنُونًا أو سَفِيهًا ، قام وَلِيُّه فى النَّظَرِ مَقامَه ، كمِلْكِه المُطْلَقِ . وإن كان النَّظَرُ لغيرِ المَوْقُوفِ عليه بتَوْلِيَةِ الواقِفِ

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا كان المَوْقوفُ عليه مُعَيَّنًا ، أو جَمْعًا محْصُورًا ؛ فأمَّا إنْ كان المَوْقوفُ عليهم غيرَ مَحْصُورِين ؛ كالفُقَراءِ ، والمَساكِينِ ، أو على مَسْجِدٍ ، أو على مدْرَسَةٍ ، أو قَنْطَرَةٍ ، أو رِباطٍ ، ونحوِ ذلك ، فالنَّظَرُ فيه للحاكِمِ ، قوْلًا واحدًا . وسأله المَرُّوذِىُّ عن دارٍ مَوْقوفَةٍ على المُسْلِمِين ؛ إنْ تبرَّعَ رجُلٌ فقامَ بأمْرِها ، وتصَدَّقَ بغَلَّتِها على الفُقَراءِ ؟ فقال : ما أحْسَنَ هذا . قال الحارِثِىُّ : وفيه وَجْهٌ للشَّافِعِيَّةِ ، أنَّ النَّظَرَ يكونُ للواقِفِ . قال : وهو الأَقْوَى . قال : وعلى هذا له نَصِيبُ ناظِرٍ مِن جِهَتِه ، ويكونُ نائبًا عنه ، يَمْلِكُ عَزْلَه متى شاءَ . وله أيضًا الوَصِيَّةُ بالنَّظَرِ ، لأَصالَةِ الوِلايَةِ . وتقدَّم ذلك وغيرُه بأتَمَّ مِن هذا قريبًا .

قوله : ويُنْفِقُ عليه مِن غَلَّتِه . مُرادُه ، إذا لم يُعَيِّنِ الواقِفُ النَّفَقَةَ مِن غيرِه . وهو واضِحٌ ؛ فإنْ لم يُعَيِّنْه مِن غيرِه ، فهو مِن غَلَّتِه ، وإنْ عيَّنَه مِن غيرِه ، فهو منه ، بلا نِزاعٍ بينَ الأصحابِ . وقال الحارِثِىُّ : وخالَفَ المالِكيَّةُ فى شئٍ منه ، فقالوا : لو شرَط المَرَمَّةَ على المَوْقُوفِ ، لم يَجُزْ ، ووَجَبَتْ فى الغَلَّةِ . وعن بعضِهم ، يُرَدُّ للوَقْفِ ما لم يُقْبَضْ ؛ لأنَّ ذلك بمَثابَةِ العِوَضِ ، فنافَى مَوْضوعَ الصَّدَقَةِ . قال الحارِثِىُّ : وهذا أَقْوَى . انتهى . وإذا قُلْنا : هو مِن غَلَّتِه . فلم تكُنْ له غَلَّةٌ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ فيه رُوحٌ أوْ لا ، فإنْ كان فيه رُوحٌ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ الوَقْفُ على مُعَيَّنٍ أو مُعَيَّنِين ، أو غيرِهم ، فإنْ كان على مُعَيَّنِين ، فالصَّحيحُ مِنَ

الشرح الكبير

أو الحاكِمِ ، أو لبعضِ المَوْقُوفِ عليهم ، لم يَجُزْ أن يكونَ إلَّا أمِينًا ، فإن لم يكنْ أمِينًا ، لم تَصِحَّ وِلايَتُه إن كانت مِن الحاكِمِ ، وأُزِيلَتْ يَدُه . وإن وَلَّاه الواقِفُ وهو فاسِقٌ ، أو كان عَدْلًا ففَسَقَ ، ضُمَّ إليه أمِينٌ لحِفْظِ الوَقْفِ ، ولم تَزُلْ يَدُه ؛ لأنَّه أمْكَنَ الجَمْعُ بينَ الحَقَّيْن . ويَحْتَمِلُ أن لا

الإنصاف

المذهبِ ، وُجوبُ نفقَتِه على المَوْقُوفِ عليهم . وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم . قال الحارِثِىُّ : بِناءً على أنَّه مِلْكُهم . وذكَر المُصَنِّفُ وَجْهًا بوُجوبِها فى بَيْتِ المالِ . قال الحارِثِىُّ : ويحْسُنُ بِناؤُه على انْتِفاءِ مِلْكِ الآدَمِىِّ للمَوْقوفِ . قال : وبه أقولُ . ثم إنْ تعَذَّرَ الإنْفاقُ مِن بَيْتِ المالِ ، أو مِنَ المَوْقوفِ عليه ، على القَوْلِ بوُجوبِها عليه ، بِيعَ وصُرِفَ الثَّمَنُ فى عَيْنٍ أُخْرَى تكونُ وَقْفًا لمَحِلِّ الضَّرورَةِ . قالَه الحارِثِىُّ . قلتُ : فيُعايَى بها . وإنْ كان عدَمُ الغَلَّةِ لأجْلِ أنَّه ليس مِن شأْنِه أنْ يُسْتَغَلَّ ؛ كالعَبْدِ يخْدِمُه ، والفرَسِ يغْزُو عليه ، أو يرْكَبُه ، أُجِرَ بقَدْرِ نفقَتِه . قالَه الحارِثِىُّ وغيرُه . وهو داخِلٌ فى عُمومِ كلامِ المُصَنِّفِ . وإنْ كان الوَقْفُ الذى له رُوحٌ على غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كالمَساكِينِ ، والغُزاةِ ، ونحوِهم ، فنفَقَتُه فى بيتِ المالِ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما . قالَه الحارِثِىُّ . ويتَّجِهُ إيجارُه بقَدْرِ النَّفقَةِ حيثُ أمْكَنَ ، ما لم يتَعَطَّلِ النَّفْعُ المَوْقوفُ لأجْلِه ، ثم إنْ تعَذَّرَ ، ففى بَيْتِ المالِ ، وإنْ تعَذَّرَ الإنْفاقُ مِن بيتِ المالِ ، بِيعَ ، ولابُدَّ . قالَه الحارِثِىُّ . [٢٤٨/٢ظ] قلتُ : فيُعايَى بها أيضًا . وإنْ ماتَ العَبْدُ ، فمُؤْنَةُ تجْهيزِه ، على ما قُلْنا فى نفقَتِه ، على ما تقدَّم . وإنْ كان الوَقْفُ لا رُوحَ فيه ؛ كالعَقارِ ونحوِه ، لم تجِبْ عِمارَتُه على أحَدٍ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به الحارِثِىُّ وغيرُه . قال فى « التَّلْخيصِ » : إلَّا مَن يُريدُ الانْتِفاعَ به ، فيَعْمُرُه باخْتِيارِه . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ

الشرح الكبير

تَصِحُّ تَوْلِيَةُ الفاسِقِ ، ويَنْعَزِلُ إذا فَسَق ؛ لأنَّها وِلايَةٌ على حَقِّ غيرِه ، فنافاها الفِسْقُ ، كما لو وَلَّاه الحاكِمُ ، وكما لو لم يُمْكِنْ حِفْظُ الوَقْفِ منه مع بَقاءِ وِلايَتِه ، فإنَّ يَدَه تُزالُ ؛ لأنَّ مُراعاةَ حِفْظِ الوَقْفِ أهَمُّ مِن إبْقاءِ وِلايَةِ الفاسِقِ عليه .

فصل : ونَفَقَةُ الوَقْفِ مِن حيثُ شَرَط الواقِفُ ؛ لأنَّه لَمّا اتُّبِعَ شَرْطُه فى مَصْرِفِه ، وَجَب اتِّباعُه فى نَفَقَتِه . فإن لم يَكُنْ شَرَط ، فمِن غَلَّتِه ؛ لأنَّ الوَقْفَ اقْتَضَى تَحْبِيسَ أصْلِه وتَسْبِيلَ نَفْعِه ، ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بالإنْفاقِ

الإنصاف

الدِّينِ : تَجِبُ عِمارَةُ الوَقْفِ بحَسَبِ البُطونِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو احْتاجَ الخانُ المُسَبَّلُ ، أو الدَّارُ المَوْقُوفَةُ لسُكْنَى الحاجِّ أو الغُزاةِ إلى مَرَمَّةٍ ، أُوجِرَ جُزْءٌ منه بقَدْرِ ذلك . الثَّانيةُ ، قال فى « الفُروعِ » : وتُقدَّمُ عِمارَةُ الوَقْفِ على أرْبابِ الوَظائفِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : الجَمْعُ بينَهما حسَبَ الإمْكانِ أوْلَى ، بل قد يجبُ . انتهى . وقال الحارِثِىُّ : عِمارَتُه لا تخْلُو مِن أحْوالٍ ؛ أحدُها ، أنْ يشْرُطَ البَداءَةَ بها ، كما هو المُعْتادُ ، فلا إشْكالَ فى تقْديمِها . الثَّانى ، اشْتِراطُ تقديمِ الجِهَةِ عليها ، فيَجِبُ العَمَلُ بمُوجَبِه ، ما لم يُؤَدِّ إلى التَّعْطيلِ ، فإنْ أدَّى إليه ، قُدِّمَتِ العِمارَةُ ، فيكونُ عَقْدُ الوَقْفِ مُخَصَّصًا للشَّرْطِ . وهذا على القَوْلِ ببُطْلانِ تأْقِيتِ الوَقْفِ ، أمَّا على صِحَّتِه ، فتُقَدَّمُ الجِهَةُ كيف كانَ . الثَّالثُ ، شَرْطُ الصَّرْفِ إلى الجِهَةِ فى كلِّ شَهْرٍ كذا ، فهو فى مَعْنَى اشْتِراطِ تقْدِيمِه على العِمارَةِ ، فيتَرتَّبُ ما قُلْنا فى الثَّانى . الرَّابعُ ، إيقاعُ الوَقْفِ على فُلانٍ ، أو جِهَةِ كذا ، ويَبِّضَ له . انتهى . الثَّالثةُ ، يجوزُ للنَّاظِرِ الاسْتِدانَةُ على الوَقْفِ بدُونِ إذْنِ الحاكمِ لمَصْلَحَةٍ ؛ كشِرائِه للوَقْفِ نَسِيئةً ، أو بنَقْدٍ لم يُعَيِّنْه . قطَع به الحارِثِىُّ وغيرُه . وقدَّمه

الشرح الكبير

عليه ، فهو مِن ضَرُورَتِه . وكذلك عِمارَةُ الوَقْفِ ، قِياسًا على نَفَقَتِه . فإن تَعطَّلَتْ مَنافِعُ الحَيَوانِ المَوْقُوفِ ، فنَفَقَتُه على المَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه . ويَحْتَمِلُ وُجُوبَها فى بَيْتِ المالِ . ويجوزُ بَيْعُه ، على ما نَذْكُرُه .

الإنصاف

فى « الفُروعِ » ، وقال : ويتوَجَّهُ فى قرْضِه مالًا ، كوَلِىٍّ . الرَّابعةُ ، لو أجَرَ المَوْقوفُ عليه الوَقْفَ ، ثم طلَب بزيادةٍ ، فلا فسْخَ ، بلا نِزاعٍ . ولو أجَر المُتَوَلِّى ما هو على سَبيلِ الخيراتِ ، ثم طلَب بزيادَةٍ أيضًا ، فلا فسْخَ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يُفسَخَ . ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » . الخامسةُ ، إذا أجَرَه بدُونِ أُجْرَةِ المِثْلِ ، صحَّ ، وضَمِنَ النَّقْصَ ؛ (1)كبَيْعِ الوَكيلِ بأنْقَصَ مِن ثمَنِ المِثْلِ(1) ، قالَه فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والأرْبَعِين » . وقال فى « الفائقِ » : وهل للمَوْقُوفِ عليه إجارَةُ المَوْقُوفِ بدُونِ أُجْرَةِ المِثْلِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . السَّادسةُ ، يجوزُ صَرْفُ المَوْقوفِ على عِمارَةِ المَسْجِدِ ؛ كبِناءِ مَنارَتِه وإصْلاحِها ، وكذا بِناءُ مِنْبَرِه ، وأنْ يشْتَرِىَ منه سُلَّمًا للسَّطْحِ ، وأنْ يَبْنِىَ منه ظُلَّتَه . ولا يجوزُ فى بِناءِ مِرْحاضٍ ، ولا فى زَخْرَفَةِ المَسْجِدِ ، ولا فى شِراءِ مَكانِسَ ومجَارِفَ . قالَه الحارِثِىُّ . وأمَّا إذا وقَف على مَصالحِ المَسْجِدِ ، أو على المَسْجِدِ ، بهذه الصِّيغةِ ، فجائزٌ صَرْفُه فى نَوْعِ العِمارَةِ ، وفى مَكانِسَ ، ومجَارِفَ ، ومَساحِىَ ، وقَنادِيلَ ، وفُرُشٍ ، ووَقودٍ ، ورِزْقِ إمامٍ ، ومُؤَذِّنٍ ، وقَيِّمٍ . وفى « نَوادِرِ المَذْهَبِ » لابنِ الصَّيْرَفِىِّ ، منْعُ الصَّرْفِ منه فى إمامٍ ، أو بَوارِىَ ، قال : لأنَّ ذلك مصْلَحَةٌ للمُصَلِّين ، لا للمَسْجِدِ . وردَّه الحارِثِىُّ . السَّابعةُ ، قال فى « نَوادِرِ المَذْهَبِ » : لو وقَف دارَه على مَسْجِدٍ ، وعلى إمامٍ يُصلِّى فيه ، كان للإمامِ نصْفُ الرَّيْعِ ،

(1 - 1) زيادة من : ا .

المقنع وَإِنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ ، فَهُوَ لِوَلَدِهِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ، ....

الشرح الكبير **٢٥٨٠** – مسألة : (وإن وَقَف على وَلَدِه ثم على المَساكِينِ ، فهو لوَلَدِه الذُّكُورِ والإناثِ) والخَناثَى[1] (بالسَّوِيَّةِ) . وكذلك إن قال : وَقَفْتُ [٥/٢٢٣و] على أوْلادِى . أو : على وَلَدِ فُلانٍ . لأنه شَرَّكَ بينَهم ، وإطْلاقُ التَّشْرِيكِ يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ ، كما لو أقَرَّ لهم بشىءٍ ، وكَولَدِ الأُمِّ فى المِيراثِ حينَ شَرَّكَ اللهُ تعالى بينَهم فيه فقال : ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾[2] . تَساوَوْا فيه ، ولم يُفَضِّلْ بعضَهم على بعضٍ ، وليس كذلك فى مِيراثِ وَلَدِ الأبَوَيْن ، ووَلَدِ الأبِ ، فإنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[3] . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا .

الإنصاف كما لو وقَفَها على زَيْدٍ وعَمْرٍو . قال : ولو وقَفَها على مَساجِدِ القَرْيَةِ ، وعلى إمامٍ يُصلِّى فى واحدٍ منها ، كان الرَّيْعُ بينَه وبينَ كلِّ المساجدِ نِصْفَيْن . انتهى . وتابعه الحارِثِىُّ . قلتُ : يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ له بقَدْرِ ما يحْصُلُ لمَسْجِدٍ واحدٍ . وله نظائرُ .

قوله : وإنْ وقَف على أوْلادِه ، ثم على المَساكينِ ، فهو لوَلَدِه الذُّكُورِ والإناثِ بالسَّوِيَّةِ . نصَّ عليه ، ولا أعلمُ فيه خِلافًا . لكِنْ لو حدَث للواقِفِ وَلَدٌ بعدَ وَقْفِه ، ففى دُخولِه رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ بعدَ المِائَةِ » ؛ إحْداهما ، يدْخُلُ معهم . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ،

(١) فى م : « الحبالى » .
(٢) سورة النساء ١٢ .
(٣) سورة النساء ١٧٦ .

المقنع

وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٥٨١ – مسألة : (ولا يَدْخُلُ فيه وَلَدُ البَناتِ ، وهل يَدْخُلُ فيه وَلَدُ البَنِين؟ على رِوايتَيْن) اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ، رَحِمه اللهُ، فى ذلك، فرُوِىَ عنه ما يَدُلُّ على أنَّه يكونُ وَقْفًا على أوْلادِه، وأوْلادِ بَنِيه الذُّكُورِ والإِناثِ، ما لم تَكُنْ قَرِينَةٌ تَصْرِفُه عن ذلك، دُونَ أولادِ البَناتِ. قال

الإنصاف

وأفْتَى به ابنُ الزَّاغُونِىِّ ، وهو ظاهِرُ كلامِ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا يدْخُلُ معهم . (١)وهو المذهبُ(١) ، قدَّمه فى (١)« الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ »(١) ، و« الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، (١)وغيرِهم . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » وغيرِه . والوَصِيَّةُ كذلك(١) .

قوله : ولا يَدْخُلُ وَلَدُ البَناتِ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقطَع به فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لايدْخُلون بغيرِ خِلافٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وقيل : يدْخُلون . اخْتارَه أبو بَكْرٍ وابنُ حامِدٍ . قال الحارِثِىُّ : وإذا قِيلَ بدُخولِ وَلَدِ الولَدِ ، هل يدْخُلُ ولَدُ البَناتِ ؟ جزَم المُصَنِّفُ وغيرُه هنا بعدَمِ الدُّخولِ ، مع إيرادِهم الخِلافَ فيه ، فيما إذا قال : على أوْلادِ الأوْلادِ . كما فى الكِتابِ . قال : والصَّوابُ التَّسْوِيَةُ بينَ الصُّورَتَيْن ؛ فيَطَّرِدُ فى هذه ما فى الأُخْرَى ، لتَناوُلِ الولَدِ والأولادِ للبَطْنِ الأوَّلِ ، فما بعدَه .

(١ – ١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

المَرُّوذِيُّ : قلْتُ لأبى عبدِ اللهِ : ما تقولُ فى رجلٍ وَقَف ضَيْعَةً على وَلَدِه ، فمات الأَوْلادُ وتَرَكُوا النِّسْوَةَ حَوامِلَ ؟ فقال : كلُّ ما كان مِن أَوْلادِ الذُّكُورِ ، بناتٍ كُنَّ أو بَنِين ، فالضَّيْعَةُ مَوْقُوفَةٌ عليهم ، وما كان مِن أَوْلادِ البَناتِ فليس لهم فيه شىءٌ ؛ لأَنَّهم مِن رجلٍ آخَرَ . ووَجْهُ ذلك أنَّ اللهَ تعالى لَمّا قال : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ﴾[1] . دَخَل فيه وَلَدُ البَنِين وإن سَفَلُوا ، ولَمّا قال : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾ . تَناوَلَ وَلَدَ البَنِين . فالمُطْلَقُ مِن كَلامِ الآدَمِىِّ إذا خَلا عن قَرِينَةٍ ، يَنْبَغِى أن يُحْمَلَ على المُطْلَقِ مِن كَلامِ اللهِ تعالى ، ويُفَسَّرَ بما يُفَسَّرُ به . ولأنَّ وَلَدَ الوَلَدِ وَلَدٌ ، بدَلِيلِ قولِه تعالى : ﴿ يَـٰبَنِىٓ ءَادَمَ ﴾

الإنصاف

قوله : وهل يَدْخُلُ فيه وَلَدُ البَنِين ؟ على رِوايتَيْن . ظاهِرُ كلامِه أنَّهم سواءٌ كانُوا مَوْجودِين حالَةَ الوَقْفِ ، أوْ لا ، ولا شَكَّ أنَّ الخِلافَ جارٍ فيهم ؛ إحْداهما ، يدْخُلون مُطْلَقًا . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ ، ويُوسُفَ بنِ مُوسى ، ومحمدِ ابنِ عبيد اللهِ المُنادِى[2] . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . قال الحارِثِىُّ : [٢٤٩/٢و] المذهبُ دُخولُهم . قال النَّاظِمُ : وهو أوْلَى . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ، والحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، فى « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والخَمْسِين بعدَ المِائَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . واخْتارَه الخَلَّالُ ، وأبو بَكْرٍ

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) فى الأصل ، ا : « ابن عبد الله المنادى » وفى ط : « ابن عبد الله المناوى » . وهو محمد بن عبيد الله بن يزيد ابن المنادى البغدادى ، أبو جعفر . قال ابن أبى حاتم : سمعت منه مع أبى فقال : صدوق . وقال غيره : ثقة . توفى سنة اثنتين وسبعين ومائتين . تهذيب التهذيب ٩/٣٢٥ - ٣٢٧ .

الشرح الكبير

و : ﴿ يَـٰبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ ﴾ . وقال النبىُّ ﷺ : « ارْمُوا يا بَنِى إسْماعِيلَ ، فإنَّ أَباكُمْ كَانَ رَامِيًا »[1] . وقال : « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ بن كِنانَةَ »[2] . ولأنَّه لو وَقَف على وَلَدِ فُلانٍ ، وهم قَبِيلَةٌ ، دَخَل فيه وَلَدُ البَنِين ، فكذلك إذا لم يَكونُوا قَبِيلَةً . والرِّوايةُ الثانيةُ ، لا يَدْخُلُ فيه وَلَدُ الوَلَدِ بحالٍ ، وسواءٌ فى ذلك وَلَدُ البَنِين ووَلَدُ البَناتِ . اخْتارَه القاضى وأصْحابُه ؛ لأنَّ الوَلَدَ حَقِيقَةً وعُرْفًا إنَّما هو وَلَدُه لصُلْبِه ، وإنَّما سُمِّىَ وَلَدُ الوَلَدِ وَلَدًا مَجازًا ، ولهذا يَصِحُّ نَفْيُه ، فيقالُ : ما هذا وَلَدِى ، إنَّما هو وَلَدُ وَلَدِى . فأمَّا وَلَدُ البَناتِ فلا يَدْخُلُون بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّهم لم يَدْخُلُوا فى قَوْلِه تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ﴾ . قال الشاعِرُ[3] :

بَنُونا بَنُـو أَبْنائِنـا وبَناتُنـا ... بَنُوهُنَّ أَبْناءُ الرِّجالِ الأباعِدِ

الإنصاف

عبدُ العَزيزِ ، وابنُ أبِى مُوسى ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ ، والقاضى فيما علَّقه بخَطِّه على ظَهْرِ « خِلافِه » ، وغيرُهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يدْخُلون مُطْلَقًا . قال المُصَنِّفُ فى بابِ الوَصايا ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : لايدْخُلون بدُونِ قَرِينَةٍ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : اخْتارَه القاضى ، وأصحابُه . وعنه ، يدْخُلون ، إنْ كانُوا

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب التحريض على الرمى ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب قول الله تعالى ﴿ واذكر فى الكتاب إسماعيل ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب نسبة اليمن إلى إسماعيل ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٤/ ٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، فى : باب الرمى فى سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٣٦٤ ، ٤/ ٥٠ .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من نفى رجلا من قبيلة ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٧١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٨٧١ .

(٣) نسب البيت للفرزدق . وهو فى : الحماسة ، لأبى تمام ١/ ٢٧٤ . وانظر حاشية دلائل الإعجاز ٣٧٤ .

الشرح الكبير

فصل : فإن قال : على[1] وَلَدِى لصُلْبى . فهو آكَدُ فى اخْتِصاصِه بالوَلَدِ [٥/٢٢٣ظ] دونَ وَلَدِ الوَلَدِ . وإن قال : على وَلَدِى ، (٢وَوَلَدِ وَلَدِى٢) ، ثم على المَساكِين . دَخَل فيه البَطْنُ الأوّلُ والثانى ، ولم يَدْخُلْ فيه[3] البَطْنُ الثالِثُ . وإن قال : على وَلَدِى ، ووَلَدِ وَلَدِى ، ووَلَدِ وَلَدِ وَلَدِى . دَخَل فيه ثلاثةُ بُطُونٍ دُونَ مَنْ بعدَهم . ومَوْضِعُ الخِلافِ المُطْلَقُ ، فأمّا مع وُجُودِ دَلالَةٍ تَصْرِفُ إلى أحَدِ المَحْمِلَيْن ، فإنَّه يُصْرَفُ إليه بغيرِ خِلافٍ ، مثلَ أن يقولَ : على وَلَدِ فلانٍ . وهم قَبِيلَةٌ ليس فيهم وَلَدٌ مِن صُلْبِه ، (٤فإنَّه يُصْرَفُ إلى وَلَدِ الأوْلادِ بغيرِ خِلافٍ . وكذلك إن قال : على أوْلادِى - أو - وَلَدِى . وليس له وَلَدٌ مِن صُلْبِه٤) . أو قال : ويُفَضَّلُ الوَلَدُ الأكْبَرُ - أو - الأفْضَلُ - أو الأعْلَمُ - على غيرِهم .

الإنصاف

مَوْجُودِين حالَةَ الوَقْفِ ، وإلَّا فلا . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، وقال : نصَّ عليه ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . (٥وذكَر القاضى فى « أحْكامِ القُرْآنِ » : إنْ كان ثَمَّ وَلَدٌ ، لم يدْخُلْ وَلَدُ الوَلَدِ ، وإنْ لم يكُنْ وَلَدٌ ، دخَل . واسْتَشْهَدَ بآيَةِ المَوارِيثِ٥) . وأطْلَقَ الخِلافَ فى « الفُروعِ » فى المَوْجُودِين حالَةَ الوَقْفِ ، وقدَّم عدَمَ الدُّخولِ فى غيرِ المَوْجُودِين . وهذا مُسْتَثْنًى ممَّا اصْطَلَحْنا عليه فى أوَّلِ الكتابِ .

---

(١) بعده فى م : « ولد » .
(٢ - ٢) فى الأصل : « وولدى » .
(٣) سقط من : الأصل .
(٤ - ٤) سقط من : م .
(٥ - ٥) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

أو قال : فإذا خلَتِ الأرْضُ مِن عَقِبى عاد إلى المَساكِينِ . أو قال : على وَلَدِ وَلَدِى غيرِ وَلَدِ البَناتِ – أو – غيرِ وَلَدِ فلانٍ . أو قال : يُفَضَّلُ البَطْنُ الأعْلَى على الثانى . أو قال : الأعْلَى فالأعْلَى . وأشباهُ ذلك . فهذا يَصْرِفُ لَفظَه إلى جميعِ نَسْلِه وعاقِبَتِه . فإنِ اقْتَرَنَتْ به قَرِينَةٌ تَقْتَضِى تخصِيصَ أوْلادِه لصُلْبِه بالوَقْفِ ، مثلَ أن يقولَ : على وَلَدِى لصُلْبى . أو : الذين يَلُونَنِى . ونحو هذا ، فإنَّه يَختَصُّ بالبَطْنِ الأوَّلِ دُونَ غيرِهم . وإذا قُلْنا بتَعْمِيمِهم ، إمّا للقَرِينَةِ ، وإمّا لقَوْلِنا : إنَّ المُطْلَقَ يَقْتَضِى التَّعْمِيمَ . ولم يكُنْ فى لَفْظِه ما يَقْتَضِى تَشْرِيكًا ولا تَرْتِيبًا ، احْتَملَ أن يكونَ بينَ الجميعِ على التَّشْرِيكِ ؛ لأنَّهم دَخَلُوا فى اللَّفْظِ دُخُولًا واحِدًا ، فوَجَبَ أن يَشْتَرِكُوا فيه ، كما لو

الإنصاف

فعلى القَوْلِ بعدَمِ الدُّخولِ ، قال القاضى ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إنْ قال : على وَلَدِى ، ووَلَدِ وَلَدِى ، ثم على المَساكِينِ . دخَل البَطْنُ الأوَّلُ والثَّانى ، ولم يدْخلِ البَطْنُ الثَّالِثُ . وإنْ قال : على وَلَدِى ووَلَدِ وَلَدِ وَلَدِى . دخَل ثَلاثُ بُطونٍ ، دُونَ مَن بعدَهم . قال الحارِثِىُّ : وهو وَفْقَ رِوايةِ أبِى طالِبٍ .

تنبيهان ؛ الأوَّلُ ، حيثُ قُلْنا بدُخولِهم ، فلا يسْتَحِقُّون إلَّا بعدَ آبائِهم مُرَتَّبًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ؛ كقولِهم[1]: بَطْنًا بعدَ بَطْنٍ . أو الأقْرَبَ فالأقْرَبَ. قَدَّمه فى « الفائقِ » ، وقال : هو ظاهِرُ كلامِه . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ مُرَتَّبًا . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » أيضًا . وقيل : يسْتَحِقُّون معهم . وأطْلَقَهما فى « القَواعِدِ » . وقال فى التَّرْتيبِ : فهل هو تَرْتيبُ بَطْنٍ على بَطْنٍ ، فلا يسْتَحِقّ

---

(١) فى ط : « كقولنا » .

الشرح الكبير

أقرَّ لهم بدَيْنٍ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ على التَّرْتيبِ ، على حَسَبِ التَّرْتِيبِ فى المِيراثِ . وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لقولِه فى مَن وَقَفَ على وَلَدِ علىٍّ بنِ إسماعيلَ ، و لم يَقُلْ : إن مات وَلَدُ علىٍّ بنِ إسماعيلَ دُفِعَ إلى وَلَدِ وَلَدِه . فمات وَلَدُ علىٍّ بنِ إسماعيلَ ، وتَرَك ولَدًا ، فقال : إن مات وَلَدُ علىٍّ بنِ إسماعيلَ دُفِعَ إلى وَلَدِه أيضًا ؛ لأنَّ هذا مِن وَلَدِ علىٍّ بنِ إسماعيلَ . فجعَلَه لوَلَدِ مَن مات مِن وَلَدِ علىٍّ بنِ إسماعيلَ عندَ مَوْتِ أبيه ، وذلك لأنَّ وَلَدَ البَنِين لَمّا دَخَلُوا فى قولِ اللهِ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . لم يَسْتَحِقَّ وَلَدُ البَنِين شيئًا مع وُجودِ آبائِهم ، واسْتَحَقُّوا عندَ فَقْدِهم ، كذا هٰهُنا . فأمّا إن وَصَّى لوَلَدِ فُلانٍ ، وهم قَبِيلَةٌ ، فلا تَرْتِيبَ ، ويَسْتَحِقُّ الأعْلَى والأسفلُ على كلِّ حالٍ .

الإنصاف

أحدٌ مِن وَلَدِ الوَلَدِ شيئًا ، مع وُجودِ فَرْدٍ مِنَ الأوْلادِ ، أو تَرْتيبُ فَرْدٍ على فَرْدٍ ؛ فيَسْتَحِقَّ كلُّ وَلَدٍ نَصِيبَ والدِه بعدَ فَقْدِه ؟ على وَجْهَيْن . والثَّانى مَنْصوصُ أحمدَ . انتهى . الثَّانى ، حُكْمُ ما إذا أوْصَى لوَلَدِه فى دُخولِ وَلَدِ بَنِيه حُكْمُ الوَقْفِ . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . (١وحَكاه فى « القَواعِدِ » عنِ الأصحابِ ، قال : وذكَر أبو الخَطَّابِ ، أنَّ الإمامَ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، نصَّ على دُخولِهم . والمَعْروفُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، إنَّما هو فى الوَقْفِ . وأشارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، إلى دُخولِهم فى الوَقْفِ دُونَ الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ يتأَبَّدُ(٢) ، والوَصِيَّةُ تَمْليكٌ للمَوْجُودِين ، فيَخْتَصُّ بالطَّبَقَةِ العُلْيا المَوْجودَةِ١) .

(١ - ١) زيادة من : ١ .

(٢) فى النسخ « يتأيد » ، وانظر : القواعد ٣٥٣ .

الشرح الكبير

فصل : وإن رَتَّبَ فقال : وَقَفْتُ هذا على وَلَدِى ، ووَلَدِ وَلَدِى ، ما تَناسَلُوا وتَعاقَبُوا ، الأعْلَى فالأعْلَى – أو[1] – الأقْرَبُ فالأقْرَبُ – أو – الأوَّلُ [٥/٢٢٤و] فالأوَّلُ – أو – البَطْنُ الأوّلُ ثم البَطْنُ الثانى – أو – على أوْلادِى ، ثم على أوْلادِ أوْلادِى – أو – على أوْلادِى ، فإذا انْقَرضُوا فعلى أوْلادِ أوْلادِى . [2]فكلُّ هذا على[2] التَّرْتِيبِ ، لا يَسْتَحِقُّ البَطْنُ الثانى شيئًا حتى يَنْقَرِضَ البَطْنُ الأوّلُ كلُّه . ومتى بَقِىَ واحِدٌ مِن البَطْنِ الأوّلِ كان الجميعُ له ؛ لأنَّ الوَقْفَ ثَبَت بقولِه ، فيُتْبَعُ فيه[3] مُقْتَضَى كلامِه . وإن قال : على أوْلادِى وأوْلادِهم ، ما تَعاقَبُوا وتَناسَلُوا ، على أنَّه مَن مات منهم عن وَلَدٍ كان ما كان جارِيًا عليه جارِيًا على وَلَدِه . كان دَلِيلًا على التَّرْتِيبِ ؛ لأنَّه لو اقْتَضَى التَّشْرِيكَ لاقْتَضَى التَّسْوِيَةَ ، ولو جَعَلْنا لوَلَدِ الوَلَدِ سَهْمًا مثلَ سَهْمِ أبِيه ، ثم دَفَعْنا إليه سَهْمَ أبيه ، صار له سَهْمان ، ولغيرِه سَهْمٌ ، وهذا يُنافِى التَّسْوِيَةَ ، ولأنَّه يُفْضِى إلى تَفْضِيلِ وَلَدِ الابْنِ على الابْنِ ، والظاهِرُ مِن إرادَةِ الواقِفِ خِلافُ هذا . فإذا ثَبَت التَّرْتِيبُ فإنَّه تَرْتِيبٌ بينَ كلِّ والدٍ ووَلَدِه ، وإذا مات عن وَلَدٍ انْتَقَلَ إلى وَلَدِه سَهْمُه ، سواءٌ بَقِىَ مِن البَطْنِ الأوّلِ أحَدٌ أو لم يَبْقَ .

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، لو قال : على وَلَدِ فُلانٍ . وهم قبيلَةٌ ، أو قال : على أوْلادِى وأوْلادِهم . فلا تَرْتِيبَ . وسألَه ابنُ هانِئٍ ، عن مَن وقَف شيئًا على فُلانٍ مُدَّةَ حَياتِه

---

(١) فى م : « و » .

(٢ – ٢) فى م : « فعلى هذا » .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : وإن رَتَّبَ بعضَهم دُونَ بعضٍ ، فقال : وَقَفْتُ على وَلَدِى ووَلَدِ وَلَدِى ، ثم على أوْلادِهم . أو : على أوْلادِى ، ثم على أوْلادِ أوْلادِى وأوْلادِهم ، ما تَناسَلُوا وتعاقَبُوا . أو قال : على أوْلادِى وأوْلادِ أوْلادِى ، ثم على أوْلادِهم وأوْلادِ أوْلادِهم ، ما تناسَلُوا . فهو على ما قال ، يَشْتَرِكُ[1] مَن شَرَّكَ بينَهم بالواوِ المُقْتَضِيَةِ للجَمْعِ والتَّشْرِيكِ ، ويُرَتَّبُ مَن رَتَّبَه بحَرْفِ التَّرْتِيبِ ، ففى المسألةِ الأُولَى يَشْتَرِكُ الوَلَدُ ووَلَدُ الوَلَدِ ، فإذا انقرَضُوا ، صار لمَن بعدَهم . وفى الثانيةِ يَخْتَصُّ به الوَلَدُ ، فإذا انْقَرضُوا ، صار مُشْتَرَكًا بينَ مَن بعدَهم . وفى الثالثةِ يَشْتَرِكُ فيه البَطْنان الأوَّلان دُونَ غيرِهم ، فإذا انْقَرَضُوا اشْتَرَكَ فيه مَن بعدَهم .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ على أوْلادِى ، ثم على أوْلادِ أوْلادِى ، على أنه مَن مات مِن أوْلادِى عن ولَدٍ ، فنَصِيبُه لوَلَدِه –أو – فنَصِيبُه لإخْوَتِه – أو –لوَلَدِ وَلَدِه –أو –لوَلَدِ أخِيه –أو –لأخَواتِه –أو –لوَلَدِ أخَواتِه . فهو على ما شَرَطَه . وإن قال : ومَن مات منهم عن وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لوَلَدِه ، ومَن مات منهم عن غيرِ وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لأهْلِ الوَقْفِ . وكان له ثلاثةُ بَنِين ، فمات أحَدُهم عن ابْنَيْن ، انْتَقَلَ نَصِيبُه إليهما ، ثم مات الثانى عن غيرِ وَلَدٍ ،

الإنصاف

[2]ولوَلَدِه ؟ قال : هو له حَياتَه[2] ، فإذا ماتَ ، فلوَلَدِه . وإذا قال : على وَلَدِى ، فإذا انقَرَضُوا ، فللفُقَراءِ . شَمِلَه على الصَّحِيحِ . وقيل : لا يشْمَلُه . الثَّانيةُ ، لو

---

(١) سقط من : م .

(٢ – ٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

فَنَصِيبُه لأخِيه وابْنَىْ أخِيه بالسَّوِيَّةِ ؛ لأنَّهم أهْلُ الوَقْفِ . ثم إن مات أحَدُ ابْنَى الابْنِ عن غيرِ [٥/٢٢٤ظ] وَلَدٍ ، انْتقلَ نَصِيبُه إلى أخِيه وعَمِّه ؛ لأنَّهما أهْلُ الوَقْفِ . ولو مات أحَدُ البَنِين الثلاثةِ عن غيرِ وَلَدٍ ، وخَلَّف أخَوَيْه[1] وابْنَىْ أخٍ له ، فَنَصِيبُه لأخَوَيْه دُونَ ابْنَىْ أخِيه ؛ لأنَّهما ليسا مِن أهْلِ الوَقْفِ ما دام أبُوهُما حَيًّا ، فإذا مات أبُوهُما صار نَصِيبُه لهما ، فإذا مات الثالثُ ، كان نَصِيبُه لابْنَىْ أخِيه بالسَّوِيَّةِ ، إن لم يُخَلِّفْ وَلَدًا ، فإن خَلَّفَ ابْنًا واحدًا ، فله نَصِيبُ أبِيه ، وهو النِّصْفُ ، ولابْنَىْ عَمِّه النِّصْفُ بينَهما نِصْفَيْن . وإن قال : مَن مات منهم عن غيرِ وَلَدٍ ، كان ما كان جارِيًا عليه جارِيًا على مَن هو فى دَرَجَتِه . وكان الوَقْفُ مُرَتَّبًا بَطْنًا بعدَ بَطْنٍ ، كان نَصِيبُ المَيِّتِ عن غيرِ وَلَدٍ لأهْلِ البَطْنِ الذى هو منه ، وإن كان مُشْتَرَكًا بينَ البُطُونِ كلِّها ، احْتَمَلَ أن يكونَ نَصِيبُه بينَ جميعِ أهْلِ الوَقْفِ ؛ لأنَّهم فى اسْتِحْقاقِ الوَقْفِ سواءٌ ، فكانوا فى دَرَجَتِه مِن هذه الجِهَةِ ، ولأنَّنا لو صَرَفْنا نَصِيبَه إلى بعضِهم ، أفْضَى إلى تَفْضِيلِ بعضِهم على بعضٍ ، والتَّشْرِيكُ يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ . فعلى هذا ، يكونُ وُجُودُ هذا الشَّرْطِ كعَدَمِه ؛ لأنَّه لو سَكَتَ عنه كان الحُكْمُ كذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَعُودَ نَصِيبُه إلى سائِرِ البَطْنِ الذى

الإنصاف

اقْتَرنَ باللَّفظِ مايَقْتَضِى الدُّخولَ ، دخَلُوا بلا خِلافٍ ؛ كقَوْلِه : على أوْلادِى . وهم قَبِيلَةٌ ، أو : على أوْلادِ أوْلادِ أوْلادِى أبدًا ما تَعاقَبُوا وتَناسَلُوا . أو : على أوْلادِى . وليسَ له إلَّا أوْلادُ أوْلادٍ ، أو : على أوْلادِى ، الأعْلَى فالأعْلَى . أو : تحْجُبُ الطَّبَقَةُ

---

(١) فى الأصل : « إخوته » .

الشرح الكبير

هو منه ؛ لأنَّهم فى دَرَجَتِه فى القُرْبِ إلى الجَدِّ[1] الذى يَجْمَعُهم ، ويَسْتَوِى فى ذلك إخْوَتُه وبَنُو عَمِّه وبَنُو عَمِّ أبيه ؛ لأنَّهم سواءٌ فى القُرْبِ ، ولأنَّنا لو شَرَّكْنا بينَ أَهْلِ الوَقْفِ كلِّهم فى نَصِيبِه ، لم يَكُنْ فى هذا الشَّرْطِ فائِدَةٌ ، والظاهِرُ أنَّه قَصَدَ شيئًا يُفِيدُ . فعلى هذا ، إن لم يَكُنْ فى دَرَجَتِه أحَدٌ ، بَطَلَ هذا الشَّرْطُ ، وكان الحُكْمُ فيه كما لو لم يَذْكُرْه . وإن كان الوَقْفُ على البَطْنِ الأوَّلِ ، على أنَّه مَن مات منهم عن وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى وَلَدِه ، ومَن مات عن غيرِ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى مَن فى دَرَجَتِه ، ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ نَصِيبُه بينَ أَهْلِ الوَقْفِ كلِّهم ، يَتَساوَوْنَ فيه ، سواءٌ كانوا مِن بَطْنٍ واحدٍ أو مِن بُطُونٍ ، وسواءٌ تَساوَتْ أنْصِباؤُهم فى الوَقْفِ أو اخْتَلَفَتْ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قبلُ . والثانى ، أن يكونَ لأهْلِ بَطْنِه ، سواءٌ

الإنصاف

العُلْيا الطَّبَقَةَ السُّفْلَى . وما أشْبَهَ هذا . وإنِ اقْتَضَى عدَمَ الدُّخولِ ، لم يدْخُلوا بلا خِلافٍ ، كعلى وَلَدِى لِصُلْبِى . أو : الذين يَلُونَنِى . ونحوِ ذلك ، على ما يأْتِى فى قَوْلِه : وَلَدِى لصُلْبِى . الثَّالثةُ : لو قال : على أوْلادِى ، فإذا انْقَرضَ أوْلادِى وأوْلادُ أوْلادِى ، فعلى المَساكِينِ . فقال فى « المُجَرَّدِ » ، و « الكافِى » : يدْخلُ أوْلادُ الأوْلادِ ؛ لأنَّ اشْتِراطَ انْقِراضِهم دليلُ إرادَتِهم بالوَقْفِ . وفى « الكافِى » وَجْهٌ بعدَمِ الدُّخولِ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ لا يتَناوَلُهم ، فهو مُنْقَطِعُ الوسَطِ ؛ يُصْرَفُ بعدَ انْقِراضِ أوْلادِه مَصْرِفَ المُنْقَطِعِ ، فإذا انْقَرضَ أوْلادُهم ، صُرِفَ إلى المَساكِينِ . الرَّابعةُ ، قال فى « التَّلْخيصِ » : إذا جُهِلَ شَرْطُ الواقِفِ ، وتعَذَّرَ العُثورُ عليه ، قُسِمَ على أرْبابِه بالسَّوِيَّةِ ، فإنْ لم يُعْرَفُوا ، جُعِلَ كوَقْفٍ مُطْلَقٍ لم يُذْكَرْ مَصْرِفُه . انتهى . وقال

---

(١) فى م : « الحد » .

الشرح الكبير

كانوا مِن أهْلِ الوَقْفِ أو لم يكُونُوا ، مثلَ أن يكونَ البَطْنُ الأوَّلُ ثلاثةً ، فمات أحَدُهم عن ابْنٍ ، ثم مات الثانى عن ابْنَيْن ، فمات أحَدُ الابْنَيْن وتَرَك أخاه وابْنَ عَمِّه وعَمَّه وابْنًا لعَمِّه الحَىِّ ، فيكونَ نَصِيبُه بينَ أخِيه وابْنَىْ عَمِّه . والثالثُ ، أن يكونَ لأهْلِ [٥/٢٢٥و] بَطْنِه مِن أهْلِ الوَقْفِ ، فيكونَ على هذا لأخِيه وابْنِ عَمِّه الذى مات أبُوه . فإن كان فى دَرَجَتِه فى النَّسَبِ مَن ليس مِن أهْلِ الاسْتِحْقاقِ بحالٍ ، كرجلٍ له أربعةُ بَنِين ، وَقَف على ثلاثةٍ منهم على هذا الوَجْهِ المَذْكُورِ ، وتَرَكَ الرابعَ ، فمات أحَدُ الثّلاثةِ عن غيرِ وَلَدٍ ، لم يَكُنْ للرّابعِ فيه شىءٌ ؛ لأنَّه ليس مِن أهْلِ الاسْتِحْقاقِ ، أشْبَهَ ابْنَ عَمِّهم .

فصل : وإن وَقَف على بَنِيه وهم ثلاثةٌ ، على أنَّ مَن مات مِن فُلانٍ وفُلانٍ وأوْلادِهم عن وَلَدٍ فنَصِيبُه لوَلَدِه ، وإن مات فلانٌ فنَصِيبُه لأهْلِ الوَقْفِ ، فهو على ما شَرَط . وكذلك إن كان بَنُون وبَناتٌ ، فقال : مَن مات مِن الذُّكُورِ فنَصِيبُه لوَلَدِه ، ومَن مات مِن البَناتِ فنَصِيبُها لأهْلِ الوَقْفِ . فهو على ما قال . وإن قال : على أوْلادِى ، على أن يُصْرَفَ إلى البَناتِ منه ألْفٌ ، والباقى للبَنِين . لم يَسْتَحِقَّ البَنُون شيئًا حتى تَسْتَوْفِىَ البَناتُ الألْفَ ؛ لأنَّه جَعَل للبَناتِ مُسَمًّى ، وجَعَل للبَنِين الفاضِلَ عنه ، والحُكْمُ فيه على ما قال ؛ لأنَّه جَعَل البَناتِ كذَوِى الفُرُوضِ ، وجَعَل البَنِين كالعَصَباتِ الذين لا يَسْتَحِقُّون إلَّا ما فَضَل عن ذَوِى الفُرُوضِ .

الإنصاف

فى « الكافِى » : لوِ اخْتلَفَ أرْبابُ الوَقْفِ فيه ، رجَع إلى الواقِفِ ، فإنْ لم يَكُنْ ، تَساوَوا فيه ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ ثبَتَتْ ، ولم يَثْبُتِ التَّفْضِيلُ ، فوَجبَتِ التَّسْوِيَةُ ، كما لو

الشرح الكبير

فصل : فإن كان له ثلاثةُ بَنِينَ(١) ، فقال : وَقَفْتُ على وَلَدِى فُلانٍ وفُلانٍ ، وعلى وَلَدِ وَلَدِى . كان الوَقْفُ على الابْنَيْن المُسَمَّيَيْن ، وعلى أوْلادِهما ، وأوْلادِ الثالثِ ، ولا شئَ للثالثِ . وقال القاضى : يَدْخُلُ الثالثُ فى الوَقْفِ . وذَكَر أنَّ أحمدَ قال فى رجُلٍ قال : وَقَفْتُ هذه الضَّيْعَةَ على وَلَدِى فُلانٍ وفُلانٍ ، وعلى وَلَدِ ولَدِى . وله ولدٌ غيرُ هؤلاءِ ، قال : يَشْتَرِكُون فى الوَقْفِ . واحْتَجَّ القاضى بأنَّ قَوْلَه : وَلَدِى . يَسْتَغْرِقُ الجِنْسَ ، فيَعُمُّ(٢) الجميعَ ، وقولَه : فُلانٍ وفُلانٍ . تَأْكِيدٌ لبعضِهم ، ولا يُوجِبُ إخْراجَ بقِيَّتِهم ، كالعَطْفِ فى قَوْلِه : ﴿ مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَىٰلَ ﴾(٣) . ولَنا ، أنَّه أبْدَلَ بعضَ الوَلَدِ مِن اللَّفْظِ المُتَناوِلِ للجميعِ ، فاخْتَصَّ بالبعضِ المُبْدَلِ ، كما لو قال : على وَلَدِى فُلانٍ . وذلك لأنَّ بَدَلَ البَعْضِ يُوجِبُ اخْتِصاصَ الحُكْمِ به ، كقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾(٤) . لَمّا خَصَّ المُسْتَطِيعَ بالذِّكْرِ ، اخْتَصَّ الوُجُوبُ به . ولو قال : ضَرَبْتُ زَيْدًا

الإنصاف

شرَّك بينَهم بَلفْظِه . انتهى . وقال الحارِثِىُّ : إنْ تعَذَّرَ الوُقوفُ على شَرْطِ الواقِفِ ، وأمْكَنَ التَّأنُّسُ بتَصرُّفِ مَن تقدَّم ممَّن يُوثَقُ به ، رُجِعَ إليه ؛ لأنَّه أرْجَحُ ممَّا عَداه ، والظَّاهِرُ صِحَّةُ تَصرُّفِه ، ووُقوعُه على الوَفْقِ . وإنْ تعذَّرَ ، وكان الوَقْفُ على عِمارَةِ

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « فيعلم » .
(٣) سورة البقرة ٩٨ .
(٤) سورة آل عمران ٩٧ .

الشرح الكبير

رَأْسَه. أو: رَأَيْتُ زَيْدًا وَجْهَه. اخْتَصَّ الضَّرْبُ بالرَّأْسِ، والرُّؤْيَةُ بالوَجْهِ. ومنه قولُ القائِلِ: طَرَحْتُ الثِّيابَ بعضَها فوقَ بعضٍ. فإنَّ الفَوْقِيَّةَ تَخْتَصُّ بالبَعْضِ مع عُمُومِ اللَّفْظِ الأوَّلِ. كذا هٰهُنا. وفارَقَ [٥/٢٢٥ظ] العَطْفَ، فإنَّ عَطْفَ الخاصِّ على العامِّ يَقْتَضِى تأْكِيدَه، لا تَخْصِيصَه. وكلامُ أحمدَ: هم شُرَكاءُ. يَحْتَمِلُ أن يَعُودَ إلى أوْلادِ أوْلادِه، أى يَشْتَرِكُ أوْلادُ المَوْقُوفِ عليهما وأوْلادُ غيرِهما؛ لعُمُومِ لَفْظِ الواقِفِ فيهم، ويتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلامِه عليه؛ لقِيامِ الدَّليلِ عليه. ولو قال: على وَلَدِى فُلانٍ وفُلانٍ، ثم على المَساكِينِ. خُرِّجَ فيه مِن الخِلافِ مثلُ ما ذكَرْنا. قال شيخُنا[1]: ويَحْتَمِلُ أن يَدْخُلَ فى الوَقْفِ وَلَدُ ولَدِه؛ لأنَّنا قد ذَكَرْنا مِن قبلُ أنَّ ظاهِرَ كلامِ أحمدَ أنَّ قولَه: وَقَفْتُ على وَلَدِ وَلَدِى. يتناوَلُ نَسْلَه وعاقِبَتَه كلَّها.

فصل: ومَن وَقَف على أوْلادِه أو أوْلادِ غيرِه، وله حَمْلٌ، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا قبلَ انْفِصالِه؛ لأنه لم تَثْبُتْ له أحْكامُ الدُّنْيا قبلَ انْفِصالِه. وقال أحمدُ، فى روايةِ جَعْفَرِ بنِ محمدٍ، فى مَن وَقَف نَخْلًا على قَوْمٍ وما توالَدُوا، ثم

الإنصاف

أو إصْلاحٍ، صُرِفَ بقَدْرِ الحاجَةِ، وإنْ كان على قَوْمٍ، وثَمَّ عُرْفٌ فى مَقادِيرِ الصَّرْفِ، كفُقَهاءِ المَدارِسِ، رُجِعَ إلى العُرْفِ؛ لأنَّ الغالِبَ وُقوعُ الشَّرْطِ على وَفْقِه. وأيضًا فالأصْلُ عدَمُ تقْييدِ الواقِفِ، فيكونُ مُطْلَقًا، والمُطْلَقُ منه يَثْبُتُ له حُكْمُ العُرْفِ. وإنْ لم يكُنْ عُرْفٌ، سُوِّىَ بينَهم؛ لأنَّ التَّشْريكَ ثابتٌ، والتَّفْضيلَ

---

(١) فى: المغنى ٨/٢٠١.

الشرح الكبير

وُلِد مَوْلُودٌ : فإن كانتِ النَّخْلُ قد أُبِّرَتْ ، فليس له فيه شيءٌ ، وهو للأولِ ، وإن لم تَكُنْ قد أُبِّرَتْ ، فهو معهم . وإنَّما قال ذلك لأنَّها قبلَ التَّأْبِيرِ تَتْبَعُ الأَصْلَ فى البَيْعِ ، وهذا المَوْجُودُ يَسْتَحِقُّ نَصِيبَه مِن الأَصْلِ ، فتَتْبَعُه حِصَّتُه مِن الثَّمرَةِ ، كما لو اشْتَرَى ذلك النَّصِيبَ مِن الأَصْلِ ، وبعدَ التَّأْبِيرِ لا تَتْبَعُ الأَصْلَ ، ويَسْتَحِقُّها مَن كان له الأَصْلُ ، فكانت للأولِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ كان كلُّه له ، فاسْتَحَقَّ ثَمرَتَه ، كما لو باعَ هذا النَّصِيبَ منها ، ولم يَسْتَحِقَّ المَوْلُودُ منها شيئًا ، كالمُشْتَرِى . وهكذا الحُكْمُ فى سائِرِ الثَّمرِ الظاهِرِ على الشَّجَرِ ، لا يَسْتَحِقُّ المَوْلُودُ منه شيئًا ، ويَسْتَحِقُّ مِمّا ظَهَر بعدَ وِلادَتِه . وإن كان الوَقْفُ أَرْضًا فيها زَرْعٌ يَسْتَحِقُّه البائِعُ ، فهو للأوّلِ . وإن كان مِمّا يَسْتَحِقُّه المُشْتَرِى ، فللمَوْلُودِ حِصَّتُه منه ؛ لأنَّ المَوْلُودَ يَتَجَدَّدُ اسْتِحْقاقُه للأَصْلِ كتَجَدُّدِ مِلْكِ المُشْتَرِى فيه .

الإنصاف

لم يَثْبُتْ . انتهى . وقال : وذكَر المُصَنِّفُ نحوَه [٢/٢٤٩ظ] . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، أنَّه يُرْجَعُ فى ذلك إلى العُرْفِ والعادةِ . وهو الصَّوابُ . وقال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : إذا ضاعَ كتابُ الوقْفِ وشَرْطُه ، واخْتَلفُوا فى التَّفْضِيلِ وعَدَمِه ، احْتَمَلَ أنْ يُسَوَّى بينهَم ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُ التَّفْضِيلِ ، واحْتَمَلَ أنْ يُفَضَّلَ بينهم ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه يجْعَلُه على حسَبِ إرْثِهم منه ، وإنْ كانوا أجانِبَ ، قُدِّمَ قوْلُ مَن يدَّعِى التَّسْوِيَةَ ويُنْكِرُ التَّفاوُتَ . انتهى .

تنبيه : يأْتِى فى بابِ الهِبَةِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ ، هل تجوزُ التَّسْوِيَةُ بينَ الأَوْلادِ ، أم لا ؟ وهل تُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ ، أم المُسْتَحَبُّ أنْ تكونَ على حسَبِ المِيراثِ ؟

المقنع وَإِنْ وَقَفَ عَلَى عَقِبِهِ ، أَوْ وَلَدِ وَلَدِهِ ، أَوْ ذُرِّيَّتِهِ ، دَخَلَ فِيهِ وَلَدُ الْبَنِينَ . وَنُقِلَ عَنْهُ ، لَا يَدْخُلُ فِيهِ وَلَدُ الْبَنَاتِ . وَنُقِلَ عَنْهُ فِى الْوَصِيَّةِ ، يَدْخُلُونَ فِيهِ . وَذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ أَصْحَابِنَا ، وَهَذَا مِثْلُهُ .

الشرح الكبير **٢٥٨٢** – مسألة : (وإن وَقَف على عَقِبِه ، أو وَلَدِ وَلَدِه ، أو ذُرِّيَّته) أو نَسْلِه (دَخَلَ فيه وَلَدُ البَنِين) بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه . وأمّا وَلَدُ البَناتِ ، فقال الخِرَقِيُّ : لا يَدْخُلُون فيه . وقد قال أحمدُ ، فى مَن وَقَف على وَلَدِه : ما كان مِن وَلَدِ البَناتِ ، فليس لهم فيه شيءٌ . فهذا النَّصُّ يَحْتَمِلُ أن يُعَدَّى إلى هذه المَسْألةِ ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مَقْصُورًا[1] فى مَن وَقَف على وَلَدِه ولم يَذْكُرْ وَلَدَ وَلَدِه . وممَّن قال : لا يَدْخُلُ وَلَدُ البَناتِ فى الوَقْفِ الذى على أَوْلادِه وأَوْلادِ أولادِه ؛ مالكٌ ، ومحمدُ بنُ الحَسَنِ . وكذلك إذا قال : على ذُرِّيَّتِه ونَسْلِه . ورُوِىَ عن أحمدَ أنَّهم يَدْخُلُون [٥/٢٢٦و] فى الوَصِيَّةِ ،

الإنصاف قوله : وإنْ وقَف على عقِبِه ، أو وَلَدِ وَلَدِه ، أو ذُرِّيَّته ، دخَل فيه وَلَدُ البَنِين . بلا نِزاعٍ [2]فى عَقِبِه أو ذُرِّيَّته . وأمَّا إذا وقَف على وَلَدِه ووَلَدِ وَلَدِه ، فهل يشْمَلُ أَوْلادَ الوَلَدِ الثَّانى ، والثَّالثِ ، وهَلُمَّ جرًّا ؟ تقدَّم عن القاضى ، والمُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وغيرِهم ، أنَّه لا يشْمَلُ غيرَ المَذْكُورِين .

و[2]قوله : ونُقِلَ عنه ، لا يَدْخُلُ فيه وَلَدُ البَناتِ . إذا وقَف على وَلَدِ وَلَدِه ، أو قال : على أَوْلادِ أَوْلادِى وإنْ سفَلُوا . فنَصَّ أحمدُ فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ ، أنَّ أَوْلادَ البَناتِ لايدْخُلون . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) فى م : « مقصودًا » .
(٢ – ٢) زيادة من : ا .

المقنع وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَامِدٍ ، رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَى : يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ .

الشرح الكبير وذَهَب إليه بعضُ أصْحابِنا . وهذا مثلُه (وقال أبو بكرٍ ، وابنُ حامدٍ) يَدْخُلُ فيه وَلَدُ البَناتِ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ، وأبى يُوسُفَ ؛ لأنَّ البَناتِ أوْلادُه ، فأوْلادُهُنَّ أوْلادُ أوْلادِه حَقِيقَةً ، فيَجِبُ أن يَدْخُلُوا فى اللَّفْظِ ؛ لتناوُلِه لهم ، بدَلِيلِ قولِه تعالى : ﴿ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِن قَبْلُ وَمِن ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَـٰنَ ﴾ . إلى قوله : ﴿ وَعِيسَىٰ ﴾[1] . وهو وَلَدُ بِنْتِه ، فجَعَلَه مِن ذُرِّيَّتِه ، ولذلك ذَكَر اللهُ تعالى قِصَّةَ إبراهيمَ وعيسى وموسى وإسماعيلَ وإدْرِيسَ ، ثم قال : ﴿ أُولَـٰئِكَ ٱلَّذِينَ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ ٱلنَّبِيِّينَ مِن ذُرِّيَّةِ ءَادَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِن ذُرِّيَّةِ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْرَآءِيلَ ﴾[2] . وعيسى معهم ، ولَمّا قال اللهُ تعالى : ﴿ وَحَلَـٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ﴾[3] . دَخَل فى التَّحْرِيمِ حَلائِلُ أبْناءِ البَناتِ ، وقال النبيُّ ﷺ للحَسَنِ : « إنَّ ابْنِى هذا

الإنصاف و « المُسْتَوْعِبِ » : وإنْ وَصَّى لوَلَدِ وَلَدِه ، فقال أصحابُنا : لايدْخُلُ فيه وَلَدُ البَناتِ ؛ لأنَّه قال فى الوَقْفِ على وَلَدِ وَلَدِه : لا يدْخُلُ فيه وَلَدُ البَناتِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : مفْهومُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه لايدْخُلُ وَلَدُ البَناتِ ، وهو أشْهَرُ الرِّواياتِ . واخْتارَه القاضى فى « التَّعْليقِ » ، و « الجامعِ » ، والشِّيرازِىُّ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه الصَّغِيرِ » . انتهى . قال فى « الفُروعِ » : لم يشْمَلْ وَلَدَ بَناتِه إلَّا بقَرِينَةٍ .

---

(١) سورة الأنعام ٨٤ ، ٨٥ .
(٢) سورة مريم ٥٨ .
(٣) سورة النساء ٢٣ .

الشرح الكبير

سَيِّدٌ »[1] . ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُولَى ، أنَّهم لم يَدْخُلُوا فى قولِ اللهِ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ﴾[2] . ولأنَّه لو وَقَف على وَلَدِ فُلانٍ وقد صاروا قَبِيلةً ، دَخَل فيه ولَدُ البَنِين دُونَ ولَدِ البَناتِ ، وكذلك قبلَ أن يَصِيرُوا قَبِيلَةً ؛ لأنَّ وَلَدَ البَناتِ مَنْسُوبُونَ إلى آبائِهم دُونَ أُمَّهاتِهم ، قال الشاعرُ :

بَنُونا بَنُو أبْنائِنا وبَناتُنا بَنُوهنَّ أبْناءُ الرِّجالِ الأباعِدِ

الإنصاف

اخْتارَه الأكْثَرُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » . وصحَّحه فى « تَجْريدِ العِنايةِ » . قال فى « الفائقِ » : اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشَّيْخان - يعْنِى بهما المُصَنِّفَ ، والشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّين - وهو ظاهِرُ ما قدَّمه الحارِثِىُّ . ونُقِلَ عنه فى الوَصِيَّةِ ، يدْخُلون . وذهَب إليه بعضُ أصحابِنا . وهذا مِثْلُه . قلتُ : بل هى هنا روايةٌ منْصوصةٌ مِن رِوايةِ حَرْبٍ . قال فى « القَواعِدِ » : ومالَ إليه صاحِبُ « المُغْنِى » . وهى طريقَةُ ابنِ أبِى مُوسى ، والشِّيرازِىِّ . قال الشَّارِحُ : القَوْلُ بأنَّهم يدْخُلون ، أصحُّ ، وأقْوَى دليلًا . وصحَّحه النَّاظِمُ . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، فى الوَصِيَّةِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وجزَم به فى « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقَهما فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ حامِدٍ : يدْخُلُون فى الوَقْفِ ، إلَّا أنْ يقولَ : على وَلَدِ وَلَدِى لصُلْبِى . فلا يدْخُلون . وهى

---

(1) تقدم تخريجه فى ٧/٢٨٨ .

(2) سورة النساء ١١ .

الشرح الكبير

وقولُهم : إنهم أوْلادُ أوْلادِه حَقِيقَةً . قُلْنا : (1)إنَّهم لا(1) يَنْتَسِبُونَ إلى الواقِفِ عُرْفًا ، وكذلك لو قال : أوْلاد أوْلادِى المُنْتَسِبِين إلىَّ . لم يَدْخُلوا فى الوَقْفِ . ولأنَّ وَلَدَ الهاشِمِيَّةِ مِن غيرِ الهاشِمِىِّ ليس بهاشِمِىٍّ ، ولا يَنْتَسِبُ إلى أبيها . وأمّا عيسى عليه السَّلامُ ، فلم يَكُنْ له نَسَبٌ يَنْتَسِبُ إليه ، فنُسِبَ إلى أُمِّه(2) . وقولُ النبىِّ ﷺ للحَسَنِ : « إنَّ ابْنِى هذا سَيِّدٌ » . مجازٌ بالاتِّفاقِ ، بدَلِيلِ قولِ اللهِ تعالى : ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾(3) . والقولُ بأنَّهم يَدْخُلُون أصحُّ وأقْوَى دَلِيلًا؛ لأنَّهم أوْلادُ أوْلادِه حَقِيقةً . فأمّا قِياسُهم على ما إذا كانُوا قَبِيلَةً ، فيُفارِقُ ما إذا وَقَف على وَلَدِ فُلانٍ وليسُوا قَبِيلَةً ؛ لأنَّه لو وَقَف على بَنِى فُلانٍ وهم قبيلةٌ ، دَخَل فيه البَناتُ ، بخِلافِ ما إذا وَقَف على بَنِى إنْسانٍ حَىٍّ أو مَيِّتٍ ، وليسُوا قَبِيلَةً . وقِياسُهم على ما إذا قال : وَقَفْتُ على وَلَدِ وَلَدِى المُنْتَسِبِين إلىَّ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّهم خَرَجُوا مِن الوَقْفِ لكَوْنِهم لا يَنْتَسِبُون . وباقِى الأدِلَّةِ ضَعِيفةٌ جِدًّا .

الإنصاف

رِوايةٌ ثالِثَةٌ عن أحمدَ . قال فى « المُذْهَبِ » : فإنْ قال : لصُلْبِى . لم يدْخُلوا ، وجْهًا واحدًا . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » : فإنْ قيَّد فقالَ : لصُلْبِى . أو قال : مَن ينْتَسِبُ إلَىَّ منهم . فلا خِلافَ فى المذهبِ أنَّهم لايدخُلون . وحكَى القاضى ، عن أبى بَكْرٍ ، وابنِ حامِدٍ ، إذا قال : وَلَدِ وَلَدِى لصُلْبِى . أنَّه يدْخُلُ

(1 - 1) فى م : « لأنهم » .

(2) فى م : « الله » .

(3) سورة الأحزاب 40 .

المقنع

إِلَّا أَنْ يَقُولَ عَلَى وَلَدِ وَلَدِى لِصُلْبِى فَلَا يَدْخُلُونَ .

الشرح الكبير

٢٥٨٣ – مسألة : فإن قال : (على وَلَدِ وَلدِى لصُلْبِى) أو – المُنْتَسِبين إلىَّ . لم يَدْخلْ وَلَدُ البَناتِ . والخِلافُ إنَّما هو إذا لم يُوجَدْ

الإنصاف

فيه وَلَدُ بَناتِه لصُلْبِه ؛ لأنَّ بِنْتَ صُلْبِه وَلَدُه حَقِيقَةً ، بخِلافِ وَلَدِ وَلَدِها . قال الحارِثِىُّ : وقولُ الإمامِ أحمدَ : لصُلْبِه . قد يُرِيدُ به وَلَدَ البَنِين ، كما هو المُرادُ مِن إيرادِ المُصَنِّفِ عن أبى بَكْرٍ ؛ فلا يدْخُلون ؛ جَعْلًا لوَلَدِ البَنِين وَلَدَ الظَّهْرِ ، ووَلدِ البَناتِ وَلَدَ البَطْنِ ، فلا يكونُ نصًّا فى المَسْأَلَةِ . وقد يُرِيدُ به وَلَدَ البِنْتِ التى تَلِيه ، فيكونُ نصًّا ، وهو الظَّاهِرُ . انتهى . وفى المَسْأَلَةِ قَوْلٌ رابعٌ بدُخولِ وَلَدِ بَناتِه لصُلْبِه ، دُونَ وَلَدِ وَلَدِهِنَّ .

تنبيه : ما تقدَّم مِنَ الخِلافِ ، إنَّما هو فيما إذا وَقَفَ على وَلَدِ وَلَدِه ، أو قال : على أوْلادِ أوْلادِى . وكذا الحُكْمُ ، والخِلافُ ، والمذهبُ إذا وقَف على عَقِبِه أو ذُرِّيَّتِه ، كما قال المُصَنِّفُ ، عندَ جماهيرِ الأصحابِ . وممَّن قال بعَدَمِ الدُّخولِ هنا أبو الخَطَّابِ ، والقاضى أبو الحُسَيْنِ ، وابنُ بَكْروسٍ . قالَه الحارِثِىُّ ، وقال : قال مالِكٌ بالدُّخولِ فى الذُّرِّيَّةِ دُونَ العَقِبِ ، وبه أقولُ . وكذلك القاضى فى بابِ الوَصايا مِنَ « المُجَرَّدِ » ، وابنُ أبِى مُوسى ، والشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ قالُوا بعدَمِ الدُّخولِ فى العَقِبِ . انتهى . قال فى « الفُروعِ » ، بعدَ أنْ ذكَر وَلَدَ وَلَدِه وعَقِبَه وذُرِّيَّتَه : وعنه ، يشْمَلُهم غيرَ وَلَدِ وَلَدِه . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : يشْمَلُ الذُّرِّيَّةَ ، وأنَّ الخِلافَ فى وَلَدِ وَلَدِه .

تنبيهان ؛ الأوَّلُ ، حكَى المُصَنِّفُ هنا عن أبى بَكْرٍ ، وابنِ حامِدٍ ، أنَّهما قالا : يدْخُلون فى الوَقْفِ ، إلَّا أنْ يقولَ : على وَلَدِ وَلَدِى لصُلْبِى . وكذا حَكاه عنهما أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، وكذا حَكاه القاضى عنهما فيما حَكاه صاحِبُ

الشرح الكبير

[٥/٢٢٦ظ] ما يَدُلُّ على تَعْيِينِ أحَدِ الأمْرَيْن ، فأمّا إن وُجِد ما يَصْرِفُ اللَّفْظَ إلى أحَدِهما انْصَرفَ إليه . فلو قال : على أوْلادِى ، وأوْلادِ أوْلادِى ، على أنَّ لوَلَدِ البَناتِ سَهْمًا ، ولوَلَدِ البَنِين سَهْمَيْن . أو قال : فإذا خَلَتِ الأرْضُ ممَّن يَرْجِعُ نَسَبُه إلىَّ مِن قِبَلِ أبٍ أو أُمٍّ ، كان للمَساكِينِ . أو كان البَطْنُ الأوّلُ مِن أوْلادِه المَوْقوفِ عليهم كلُّهم بَناتٌ ، ونحوُ هذا ممّا يَدُلُّ على إرادَةِ وَلَدِ البَناتِ بالوَقْفِ ، دَخَلُوا فى الوَقْفِ . وإن قال : على أوْلادِى ، وأوْلادِ أوْلادِى المُنْتَسِبِين إلىَّ[(١)] - أو - غيرِ ذَوِى الأرْحامِ . أو نحو ذلك . لم يَدْخُلْ فيه وَلَدُ البَناتِ . وإن قال : على وَلَدِى فُلانٍ وفُلانةَ وفُلانةَ ، وأوْلادِهم . دَخَل فيه وَلَدُ البَناتِ . وكذلك إن قال : علَى أنَّ مَن مات منهم عن وَلَدٍ فنَصِيبُه لوَلَدِه . وإن قال الهاشِمِىُّ : وَقَفْتُ على أوْلادِى ، وأوْلادِ أوْلادِى الهاشِمِيِّين . لم يَدْخُلْ فى الوَقْفِ مِن أوْلادِ بَناتِه

الإنصاف

« المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وحكَى المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، والقاضى فى « الرِّوايتَيْن » ، أنَّ أبا بَكْرٍ ، وابنَ حامِدٍ ، اخْتارا دُخولَهم مُطْلَقًا ، كالرِّوايَةِ الثَّانيةِ [٢/٢٥٠و] . وقال ابنُ البَنَّا فى « الخِصالِ » : اخْتارَ ابنُ حامِدٍ ، أنَّهم يدْخُلون مُطْلَقًا ، واخْتارَ أبو بَكْرٍ ، يدْخُلون ، إلَّا أنْ يقولَ : على وَلَدِ وَلَدِى لصُلْبِى . قال الزَّرْكَشِىُّ : وكذا فى « المُغْنِى » القديمِ فيما أظُنُّ . الثَّانى ، محَلُّ الخِلافِ ، مع عدَمِ القَرِينَةِ . أمَّا إنْ كان معه ما يقْتَضِى الإخْراجَ ، فلا دُخولَ ، بلا خِلافٍ . قالَه الأصحابُ ؛ كقَوْلِه : على أوْلادِى ، وأوْلادِ أوْلادِى المُنْتَسِبين إلَىَّ . ونحوِ ذلك . وكذا إنْ كان فى اللَّفْظِ مايقْتَضِى الدُّخولَ ، فإنَّهم يدْخُلون ،

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

مَن كان غيرَ هاشِمِيٍّ . فأمّا مَن كان هاشِمِيًّا مِن غيرِ أَوْلادِ بَنِيه ، فهل يَدْخُلُون ؟ على وَجْهَيْن ؛ أَوْلاهما[1] ، أَنَّهم يَدْخُلون ؛ لأنَّه اجْتَمَعَ فيهم الصِّفَتان جميعًا ، كَوْنُهم مِن أَوْلادِ أَوْلادِه ، وكَوْنُهم هاشِمِيِّين . والثاني ، لا يَدْخُلُون ؛ لأنَّهم لم يَدْخُلُوا فى مُطْلَقِ أَوْلادِ أَوْلادِه ، فأَشْبَهَ ما لو لم يَقُل : الهاشِمِيِّين . وإن قال : على أَوْلادِى ، وأَوْلادِ أَوْلادِى ، ممَّن يُنْسَبُ إلى قَبِيلَتِى . فكذلك .

الإنصاف

بلا خِلافٍ . قالَه الأصحابُ ؛ كقَوْلِه : على أَوْلادِى ، وأَوْلادِ أَوْلادِى ، على أنَّ لوَلَدِ الإناثِ سَهْمًا ، ولوَلَدِ الذُّكورِ سَهْمَيْن . أو : على أَوْلادِى ؛ فُلانٍ ، وفُلانٍ ، وفُلانَةٍ ، وأَوْلادِهم ، وإذا خلَتِ الأرْضُ ممَّن يرْجِعُ نَسَبُه إلىَّ مِن قِبَلِ أبٍ أو أُمٍّ ، فللمَساكِينِ . أو : على أنَّ مَن ماتَ منهم فنَصِيبُه لوَلَدِه . ونحوِ ذلك . ولو قال : على البَطْنِ الأَوَّلِ مِن أَوْلادِى ، ثم على الثَّانِى ، والثَّالثِ ، وأَوْلادِهم . والبَطْنُ الأَوَّلُ بناتٌ ، فكذلك يدْخُلون ، بلا خِلافٍ .

فوائد ؛ الأُولى ، لَفْظُ : النَّسْلِ ، كلَفْظِ : العَقِبِ ، والذُّرِّيَّةِ فى إفادَةِ وَلَدِ الوَلَدِ ؛ قَرِيبِهم وبَعِيدِهم . وكذا دُخولُ وَلَدِ البَناتِ وعدَمِه ، عندَ أكثرِ الأصحابِ . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : لا يدْخُلُ وَلَدُ البَناتِ ، كما قال فى العَقِبِ ، وهو اخْتِيارُ السَّامَرِّىِّ . وذكَر أبو الخَطَّابِ خِلافَه ، أَوْرَدَه فى الوَصايا . الثَّانيةُ ، لو قال : على بَنِى بَنِىَّ . أو : بَنِى بَنِى فُلانٍ . فكأَوْلادِ أَوْلادِى . وأَوْلادِ أَوْلادِ فُلانٍ . وأمَّا وَلَدُ البَناتِ ، فقال الحارِثِىُّ : ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ هنا ، أنَّهم لا يدْخُلون مُطْلَقًا .

---

(1) فى م : « أولهما » .

الشرح الكبير

فصل : والمُسْتَحَبُّ أن يَقْسِمَ الوَقْفَ على أوْلادِه على حَسَبِ قِسْمَةِ اللهِ تعالى المِيراثَ بينَهم ، للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيين . وقال القاضى : المُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بينَ الذَّكَرِ والأُنْثَى ؛ لأنَّ القَصْدَ القُرْبَةُ على وَجْهِ الدَّوامِ ، وقد اسْتَوَوْا فى القَرابَةِ . ولَنا ، أنَّه إيصالٌ للمالِ إليهم ، فيَنْبَغِى أن يكونَ بينَهم على حَسَبِ المِيراثِ ، كالعَطِيَّةِ ، ولأنَّ الذَّكَرَ فى مَظِنَّةِ الحاجَةِ أكْثَرَ مِن الأُنْثَى ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما فى العادَةِ يتَزَوَّجُ ، ويكونُ له الوَلَدُ ، فالذَّكَرُ تَجِبُ عليه نَفَقةُ امْرَأتِه وأوْلادِه ، والمرأةُ يُنْفِقُ عليها زَوْجُها ، ولا تَلْزَمُها نفقةُ أوْلادِها ، وقد فَضَّلَ اللهُ تعالى الذَّكَرَ على الأُنْثَى

الإنصاف

الثَّالثةُ ، الحَفِيدُ يقَعُ على وَلَدِ الابنِ والبِنْتِ ، وكذلك السِّبْطُ ؛ وَلَدُ الابنِ والبِنْتِ . الرَّابعَةُ ، لو قال الهاشِمِىُّ : على أوْلادِى وأوْلادِ أوْلادِى الهاشِمِيِّين . لم يدْخُلْ مِن أوْلادِ بِنْتِه مَن ليس هاشِمِيًّا ، والهاشِمِىُّ منهم فى دُخُولِه وَجْهان . ذكَرَهما المُصَنِّفُ وغيرُه ، وبَناهما القاضى على الخِلافِ فى أصْلِ المَسْألَةِ ، ثم قال المُصَنِّفُ : أوْلاهما الدُّخولُ . مُعَلِّلًا بوُجودِ الشَّرْطَين ؛ وَصْفُ كوْنِه مِن أوْلادِ أوْلادِه ، ووَصْفُ كوْنِه هاشِمِيًّا . والوَجْهُ الثَّانى ، عدَمُ الدُّخولِ . وأطْلَقَهما الحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : ولو قال : على أوْلادِى وأوْلادِ أوْلادِى المُنْتَسِبين إلى قَبِيلَتِى . فكذلك . الخامسةُ ، تجَدُّدُ حقِّ الحَمْلِ بوَضْعِه ؛ مِن ثَمرٍ وزَرْعٍ ، كمُشْتَرٍ . نقَلَه المَرُّوذِىُّ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وقال : ذكَره الأصحابُ فى الأوْلادِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . ونقَل جَعْفَرٌ ، يسْتَحِقُّ مِن زَرْعٍ قبلَ بُلوغِه الحَصادَ ، ومِن نَخْلٍ لم يُؤَبَّرْ ، فإنْ بلَغ الزَّرْعُ الحَصادَ ، أو أُبِّرَ النَّخْلُ ، لم يسْتَحِقَّ منه شيءٌ . وقطَع به فى « المُبْهِجِ » ،

الشرح الكبير

فى المِيراثِ على وَفْقِ هذا المَعْنَى ، فيَصِحُّ تَعْلِيلُه به ، ويتَعَدَّى إلى الوَقْفِ والعَطايا والصِّلاتِ . وما ذَكَرَه القاضى لا أصْلَ له ، وهو مُلْغًى بالمِيراثِ والعَطِيَّةِ . وإن خالَفَ فسَوَّى بينَ الذَّكَرِ والأُنْثَى ، أو فَضَّلَها عليه ، أو فَضَّلَ بعضَ البَنِين أو بعضَ البَناتِ على بعضٍ ، أو خَصَّ بعضَهم بالوَقْفِ دُونَ بعضٍ ، فقال أحمدُ ، فى رِوايةِ [٢٢٧/٥و] محمدِ بنِ الحَكَمِ : إن كان على طَرِيقِ الأَثَرَةِ ، فأكْرَهُه ، وإن كان على أنَّ بعضَهم له عِيالٌ وبه حاجَةٌ . يَعْنِى فلا بَأْسَ به . ووَجْهُ ذلك أنَّ الزُّبَيْرَ خَصَّ المَرْدُودَةَ مِن بَناتِه دُونَ المُسْتَغْنِيةِ مِنْهُنَّ بصَدَقَتِه[١] . وعلى قياسِ قولِ أحمدَ ، لو خَصَّ المُشْتَغِلين بالعِلْمِ مِن أوْلادِه بوَقْفِه ، تَحْرِيضًا لهم على [٢]طَلَبِ العِلْمِ[٢] ، أو ذا الدِّينِ دُونَ الفُسّاقِ ، أو المريضَ ، أو مَن له فَضِيلَةٌ مِن أجْلِ فَضِيلَتِه ، فلا بَأْسَ . وقد دَلَّ على ذلك أنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، نَحَل عائِشةَ جِذاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا دُونَ سائِرِ وَلَدِه[٣] . وحَدِيثُ عُمَرَ ، أنَّه كَتَبَ :

الإنصاف

و « القَواعِدِ » ، وقال : وكذلك الأصحابُ صرَّحُوا بالفَرْقِ بينَ المُؤَبَّرِ وغيرِه هنا ؛ منهم ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى ، وأصحابُه ؛ مُعَلِّلِين بتَبَعِيَّةِ غيرِ المُؤَبَّرِ فى العَقْدِ ، فكذا فى الاسْتِحْقاقِ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : يُسْتَحَقُّ قبلَ حَصادِه . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الثَّمَرَةُ للمَوجُودِ عندَ التَّأْبِيرِ أو بُدُوِّ الصَّلاحِ . قال فى « الفُروعِ » : ويُشْبِهُ الحَمْلَ ، إنْ قَدِمَ إلى ثَغْرٍ مَوْقُوفٍ عليه ، أو خرَج منه إلى بَلَدٍ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٤٢ .

(٢ - ٢) فى م : « طلبه » .

(٣) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٢ .

الشرح الكبير

بسم اللهِ الرَّحمن الرَّحِيم ، هذا ما أوْصَى به عبدُ اللهِ عُمَرُ أمِيرُ المُؤمِنِين ، إن حَدَث به حَدَثٌ ، أنَّ ثَمْغًا و (١)صِرْمَةَ بنَ الأكْوَعِ(١) و(٢) العَبْدَ الذى فيه ، والمائةَ سَهْمٍ التى بخَيْبَرَ ، ورَقِيقَه الذى فيه ، الذى أطْعَمَه محمدٌ ﷺ بالوادِ ، تَلِيه حَفْصَةُ ما عاشَتْ ، ثم يَلِيه ذُو الرَّأْىِ مِن أهْلِها ، أن لا يُباعَ ولا يُشْتَرَى ، يُنْفِقُه حيثُ رَأى مِن السائِلِ والمَحْرُومِ وذَوِى القُرْبَى ، لا حَرَجَ على مَن وَلِيَه إن أكَلَ أو آكَلَ أو اشْتَرَى رَقِيقًا منه . رَواه أبو داوُدَ(٣) . فيه دَلِيلٌ على تَخْصِيصِ حَفْصَةَ دُونَ إخْوَتِها وأخَواتِها .

الإنصاف

مَوْقُوفٍ عليه فيه . نقَلَه يعْقُوبُ . وقِياسُه ، مَن نزَل فى مَدْرَسَةٍ ونحوُه . وقال ابنُ عَبْدِ القَوِىِّ : ولقائلٍ أنْ يقُولَ : ليس كذلك ؛ لأنَّ واقِفَ المَدْرَسَةِ ونحوِها جعَل رَيْعَ الوَقْفِ فى السَّنَةِ(٤) ، كالجُعْلِ على اشْتِغالِ مَن هو فى المَدْرَسَةِ عامًا ، فيَنْبَغِى أنْ يسْتَحِقَّ بقَدْرِ عمَلِه مِنَ السَّنَةِ مِن رَيْعِ الوَقْفِ فى السَّنَةِ ؛ لئَلَّا يُفْضِىَ إلى أنْ يحْضُرَ الإنْسانُ شَهْرًا ، مثَلًا ، فيأْخُذَ مَغَلَّ جميعِ الوَقْفِ ، ويحْضُرَ غيرُه باقِىَ السَّنَةِ بعدَ ظُهورِ الثَّمَرَةِ(٥) ، فلا يسْتَحِقُّ شيئًا . وهذا يأْباه مُقْتَضَى الوُقوفِ ومَقاصِدُها . انتهى . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يسْتَحِقُّ بحِصَّتِه مِن مَغَلِّه . وقال : مَن جعَلَه كالوَلَدِ ، فقد أخْطَأَ .

(١ - ١) صرمة بن الأكوع : مال كان لعمر بن الخطاب فى المدينة وقفه . والصرمة هى القطعة الخفيفة من النخل . وقيل من الإبل . (النهاية لابن الأثير ٣/٢٦) .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٠ .

(٤) فى ط : « المدرسة » .

(٥) فى النسخ : « العشرة » .

المقنع وَإِنْ وَقَفَ عَلَى بَنِيهِ ، أَوْ بَنِى فُلَانٍ [١٠٠و] فَهُوَ لِلذُّكُورِ خَاصَّةً ،

الشرح الكبير ٢٥٨٤ - مسألة : (وإن وَقَف على بَنِيه ، أو بَنِى فُلانٍ ، فهو للذُّكُورِ خاصَّةً) دُونَ الإِناثِ والخَناثَى عندَ الجُمْهُورِ . وبه قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال الحَسَنُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ : هو للذَّكَرِ والأُنْثَى جميعًا ؛ لأنَّه لو وَقَف على بَنِى فُلانٍ ، أو أَوْصَى لهم ، وهم قَبِيلَةٌ ، دَخَل فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى . وقال الثَّوْرِىُّ : إن كانوا ذُكُورًا وإناثًا ، فهو بينَهم ، وإن كُنَّ إناثًا لا ذَكَرَ معَهُنَّ ، فلا شىءَ لهُنَّ ؛ لأنَّه متى اجْتَمَعَ الذُّكُورُ والإِناثُ ، غَلَب لَفْظُ التَّذْكِيرِ ، ودَخَل فيه الإِناثُ ، كلَفْظِ المُسْلِمين . ولَنا ، أنَّ لَفْظَ البَنِين يَخْتَصُّ الذُّكُورَ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ أَصْطَفَى ٱلْبَنَاتِ عَلَى ٱلْبَنِينَ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ أَمِ ٱتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَـٰكُم بِٱلْبَنِينَ ﴾[2] . وقال تعالى : ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلْبَنِينَ ﴾[3] . وقال تعالى : ﴿ ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ﴾[4] . وقد أخْبَرَ أنَّهم لا يَشْتَهُون البَناتِ ، فقال : ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ ٱلْبَنَـٰتِ سُبْحَـٰنَهُ وَلَهُم مَّا يَشْتَهُونَ ﴾[5] . وإنَّما دَخَلُوا فى الاسْمِ إذا صاروا قَبِيلةً ؛ لأنَّ

الإنصاف قوله : وإنْ وقَف على بَنِيه ، أو بَنِى فُلانٍ ، فهو للذُّكُورِ خاصَّةً ، إلَّا أنْ يكُونوا قَبِيلَةً ، فيدْخُلَ فِيه النِّساءُ دونَ أَوْلادِهِنَّ مِن غيرِهم . إذا لم يكُونوا قَبِيلَةً ، وقال ذلك ،

(١) سورة الصافات ١٥٣ .
(٢) سورة الزخرف ١٦ .
(٣) سورة آل عمران ١٤ .
(٤) سورة الكهف ٤٦ .
(٥) سورة النحل ٥٧ .

المقنع إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَبِيلَةً ، فَيَدْخُلَ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلَادِهِنَّ مِنْ غَيْرِهِمْ .

الشرح الكبير الاسْمَ نُقِل فيهم عن الحَقِيقَةِ إلى العُرْفِ ، ولهذا تقولُ المرأةُ : أنا مِن بَنِى فُلانٍ . [٥/٢٢٧ظ] إذا انْتَسَبَتْ إلى القَبِيلَةِ ، ولا تقولُ ذلك إذا انْتَسَبَتْ إلى أبيها . فأمّا إن وَقَف على بَناتِه ، أو وَصَّى لهُنَّ ، دَخَل فيه البَناتُ دُونَ غيرِهِنَّ ، ولا يَدْخُلُ فيهِنَّ الخُنْثَى المُشْكِلُ ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ كونُه أُنْثَى . لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا .

٢٥٨٥ – مسألة : (إلَّا أن يكونوا قَبِيلَةً ، فيَدْخُلُ فيه النِّساءُ دُونَ أوْلادِهِنَّ مِن غيرِهم) أمّا إذا وَقَف على بَنِى فُلانٍ ، أو وَلَدِ فُلانٍ ، وهم قَبِيلَةٌ ، كبَنِى هاشِمٍ ، وتَمِيمٍ ، فإنَّه يَدْخُلُ فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى والخُنْثَى ، ويَدْخُلُ وَلَدُ الرجلِ معه ، ولا يَدْخُلُ فيه وَلَدُ بناتِهم مِن غيرِهم ؛ لأنَّ اسْمَ القَبِيلَةِ يَشْتَمِلُ ذَكَرَها وأُنْثاها ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَا بَنِىٓ ءَادَمَ ﴾[1] . ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِىٓ ءَادَمَ ﴾[2] يُرِيدُ الجَمِيعَ . ورُوِىَ أنَّ جَوارِىَ بَنِى النَّجّارِ قُلْنَ :

الإنصاف اخْتُصَّ به الذَّكُورُ ، بلا نِزاعٍ ، وإنْ كانوا قَبِيلَةً ، فجزَم المُصَنِّفُ بعدَمِ دُخولِ أوْلادِ النِّساءِ مِن غيرِهم . وهو أحدُ الوَجْهَين . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » . وقيل بدُخولِهم . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » .

(١) سورة الأعراف ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .
(٢) سورة الإسراء ٧٠ .

المقنع وَإِنْ وَقَفَ عَلَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ قَرَابَةِ فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَجَدِّ أَبِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَتَجَاوَزْ بِسَهْمِ ذَوِي الْقُرْبَى بَنِي هَاشِمٍ . وَعَنْهُ ، إِنْ كَانَ يَصِلُ قَرَابَتَهُ مِنْ قِبَلِ أُمِّهِ فِي حَيَاتِهِ صُرِفَ إِلَيْهِمْ ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

نحنُ جَوارٍ مِن بَنِى النَّجارِ يا حَبَّذا محمدٌ مِن جارِ[1]

ويقال : امْرَأةٌ مِن بَنِى هاشِمٍ . ولا يَدْخُلُ ولَدُ البَناتِ فيهم ؛ لأنَّهم لا يَنْتَسِبُون إلى القَبِيلةِ .

٢٥٨٦ – مسألة : (وإن وَقَف على قَرابَتِه ، أو قَرابَةِ فُلانٍ ، فهو للذَّكَرِ والأُنْثَى مِن أوْلادِه وأوْلادِ أبيه وجَدِّه وجَدِّ أبيه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لم يُجاوِزْ بَنِى هاشِمٍ بسَهْمِ ذَوِى القُرْبى) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الرجلَ إذا وَقَف على قَرابَتِه أو قَرابَةِ فُلانٍ ، صُرِف الوَقْفُ إلى الذَّكَرِ والأُنْثَى مِن أوْلادِه وأوْلادِ أبِيه وجَدِّه وجَدِّ أبيه ، ويَسْتَوِى فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى ، ولا يَنْصَرِفُ

الإنصاف

قوله : وإنْ وقَف على قَرابَتِه ، أو قَرابَةِ فُلانٍ ، فهو للذَّكَرِ والأُنْثَى ؛ مِن أوْلادِه ، وأوْلادِ أبِيه ، وجَدِّه ، وجَدِّ أبيه . يعْنِى ، بالسَّوِيَّةِ بينَ كبيرِهم وصَغيرِهم ، وذكَرِهم وأُنْثاهم ، وغَنِيِّهم وفَقيرِهم ، بشَرْطِ أنْ يكونَ مُسْلِمًا . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ عندَ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ؛ الخِرَقِىِّ ، والقاضى ، وأبِى الخَطَّابِ ، وابنِ عَقِيلٍ ، والشَّرِيفَين ؛ أبى جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىِّ ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ، والقاضى ، وعامَّةِ

---

(١) انظر : سبل الهدى والرشاد ٣/٣٩٠ .

الشرح الكبير

إلى مَن هو أبْعَدُ منهم شيءٌ ؛ لأنَّ اللهَ تعالَى لمّا قال : ﴿ مَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾(١) . يَعْنِي قُرْبَى النبيِّ ﷺ ، أعْطَى النبيُّ ﷺ أوْلادَه وأوْلادَ عبدِ المُطَّلِبِ وأوْلادَ هاشِمٍ ، ذكَرَهم وأُنْثاهم ، ولم يُعْطِ مَن هو أبْعدُ منهم ، كَبَنِي عبدِ شَمْسٍ وبَنِي نَوْفَلٍ شيئًا ، إلَّا أنه أعْطَى بَنِي المُطَّلِبِ بن عبدِ مَنافٍ ، وعَلَّلَ عَطِيَّتَهم بأنَّهم لم يُفارِقُوا بَنِي هاشِمٍ في جاهِلِيَّةٍ ولا إسْلَامٍ(٢) . ولم يُعْطِ قَرابَةَ أُمِّه ، وهم بَنُو زُهْرَةَ شيئًا ، ولم يُعْطِ منهم إلَّا مُسْلِمًا . فَحُمِلَ مُطْلَقُ كلامِ الواقِفِ على ما حُمِلَ عليه المُطْلَقُ مِن كلامِ اللهِ تعالى ، وفُسِّرَ بما فُسِّرَ به . ويُسَوَّى بينَ قَرِيبِهم وبعيدِهم ، وذَكَرِهم وأُنْثاهم ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَشْمَلُهم ، وبينَ الكَبِيرِ والصَّغِيرِ ، والغَنِيِّ والفَقِيرِ ؛ لذلك . ولا يَدْخُلُ فيه الكُفّارُ ؛ لأنَّهم لم يَدْخُلُوا في المُسْتَحِقِّ مِن قُرْبَى النبيِّ ﷺ . وهذا اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ .

الإنصاف

أصحابِه . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِي [٢/٢٥٠ظ] الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يَخْتَصُّ بوَلَدِه وقَرابَةِ أبِيه ، وإنْ علَا مُطْلَقًا . اخْتارَه الحارِثِيُّ . وقدَّمه في « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يُعْطَى مَن يُعْرَفُ بقَرابَتِه مِن قِبَلِ أبِيه وأُمِّه الَّذِين يَنْتَسِبُون إلى الأبِ الأدْنَى . انتهى . ومِثالُه ، لو وقَف على أقارِبِ المُصَنِّفِ ؛ وهو عبدُ اللهِ بنُ أحمدَ بنِ محمدِ بنِ قُدامَةَ بنِ مِقْدامِ بنِ

---

(١) سورة الحشر ٧ .

(٢) انظر ما تقدم في ٧/٣٠٧ .

الشرح الكبير

وقد [٥/٢٢٨و] نَقَل عبدُ اللهِ ، وصالِحٌ ، عن أبيهما رِوايةً أُخْرَى ، أنَّه يُصْرَفُ إلى قَرابَةِ أُمِّه ، إن كان يَصِلُهم فى حَياتِه ؛ كإخْوَتِه مِن أُمِّه ، وأخْوالِه ، وخَالاتِه ، وإن كان لا يَصِلُهم فى حَياتِه ، لم يُعْطَوْا شيئًا ؛ لأنَّ صِلَتَه إيّاهم فى حَياتِه قَرِينةٌ دالَّةٌ على إرادَتِهم بصِلَتِه هذه . وعنه رِوايةٌ ثالثةٌ ، أنَّه يُجاوِزُ بها أرْبعةَ آباءٍ . ذَكَرَها ابنُ أبى موسى فى « الإرْشادِ » ، وهى تَدُلُّ على أنَّ لَفْظَه لا يَتَقَيَّدُ بالقَيْدِ الذى ذكَرْناه . فعلى هذا ، يُعْطَى كلُّ مَن يُعْرَفُ بقَرابَتِه مِن قِبَلِ أبيه وأُمِّهِ ، الذين يَنْتَسِبُون إلى الأبِ الأدْنَى . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّهم قَرابَةٌ ، فيَتَناوَلُهم الاسْمُ ، ويَدْخُلون فى عُمُومِه . وإعطاءُ النبىِّ ﷺ بعضَ قَرابَتِه تَخْصِيصًا لا يَمْنَعُ مِن العَمَلِ بالعُمُومِ فى غيرِ هذا الموضِعِ . وقال أبو حنيفةَ : قَرابَتُه كلُّ ذِى رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فيُعْطَى مِن أدْناهم اثْنان فصاعِدًا ، فإذا كان له عَمٌّ وخالان ، أُعْطِى عَمُّه النِّصْفَ وخالاه النِّصْفَ . هكذا رُوِىَ عنه فيما إذا أوْصَى لقَرابَتِه .

الإنصاف

نَصْرٍ ، فالمُسْتَحِقُّون هم المُنْتَسِبُون إلى قُدامَةَ ؛ لأنَّه الأبُ الذى اشْتُهِرَ انْتِسابُ المُصَنِّفِ إليه . وقال فى « الهِدايَةِ » : مثْلَ أنْ يكونَ مِن وَلَدِ المَهْدِىِّ ، فيُعْطَى كلُّ مَن ينْتَسِبُ إلى المَهْدِىِّ . ومثَّل فى « المُذْهَبِ » بما إذا كان مِن وَلَدِ المُتَوَكِّلِ . ومثَّل فى « المُسْتَوْعِبِ » بما إذا كان مِن وَلَدِ العَبَّاسِ . وعنه ، يَخْتَصُّ بثَلاثَةِ آباءٍ فقط . فعليها ، لا يُعْطَى الوَلَدُ شيئًا . قال القاضى : أوْلادُ الرَّجُلِ لا يدْخُلون فى اسمِ القَرابَةِ . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : وليس بشئٍ . وعنه ، يَخْتَصُّ منهم مَن يَصِلُه . نقَلَه ابنُ هانِئٍ وغيرُه . وصحَّحه القاضى ، وجماعَةٌ . ونقَل صالِحٌ ، إنْ وصَل أغْنِياءَهم أُعْطُوا ، وإلَّا فالفُقَراءُ أوْلَى . وأخَذ منه الحارِثِىُّ عدَمَ دُخولِهم فى كلِّ لفْظٍ

الشرح الكبير

وقال قَتادَةُ : للأعْمامِ الثُّلثان ، وللأخْوالِ الثُّلُثُ . وهو قولُ الحَسَنِ . قال : ويُزادُ الأقْرَبُ بعضَ الزِّيادَةِ . وقال مالِكٌ : يُقْسَمُ على الأقْرَبِ فالأقْرَبِ بالاجْتِهادِ . ولَنا ، أنَّ هذا له عُرْفٌ في الشَّرْعِ ، وهو ما ذَكَرْناه ، فيَجِبُ حَمْلُه عليه وتَقْدِيمُه على العُرْفِ اللُّغَوِيِّ ، كالوضوءِ والصلاةِ والصوْمِ والحَجِّ ، ولا وَجْهَ لتَخْصِيصِه بذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ ، فإنَّ اسْمَ القَرابَةِ يَقَعُ على غيرِهم عُرْفًا وشَرْعًا ، وقد يُحَرَّمُ على الرجلِ رَبِيبَتُه وأُمَّهاتُ

الإنصاف

عامٌّ . واخْتارَ أبو محمدٍ الجَوْزِيُّ أنَّ القَرابَةَ مُخْتَصَّةٌ بقَرابَةِ أبِيه إلى أرْبَعَةِ آباءٍ . قال الزَّرْكَشِيُّ : وشَذَّ ابنُ الزَّاغُونِيِّ في « وَجِيزِه » بأنْ أعْطَى أرْبعَةَ آباءِ الواقِفِ ؛ فأدْخَلَ جَدَّ الجَدِّ ، فعلى هذا ، لا يُدْفَعُ إلى الوَلَدِ . قال : وهو مُخالِفٌ للأصحابِ . انتهى . قلتُ : نقَل صالِحٌ ، القَرابَةُ ؛ تُعْطِى أرْبعَةَ آباءٍ . وقد قال في « الخُلاصَةِ » : وإنْ وَصَّى لأقارِبِه ، دخَل في الوَصِيَّةِ الأبُ والجَدُّ وأبو الجَدِّ ، وجَدُّ الجَدِّ ، وأوْلادُهم . قال في « الرِّعايَةِ » : لو وقَف على قَرابَتِه ، شَمِلَ أوْلادَه ، وأوْلادَ أبِيه ، وجَدَّه ، وجَدَّ أبِيه . وعنه ، وجَدَّ جَدِّه . فكَلامُ الزَّرْكَشِيِّ فيه شئٌ ؛ وهو أنَّه شَذَّذَ مَن قال ذلك ، وقد نقَله صالِحٌ عن أحمدَ ، وحكَم على القَوْلِ بذلك ، بأنْ لا يُدْفَعَ إلى الوَلَدِ شئٌ . وليس ذلك في كلامِ ابنِ الزَّاغُونِيِّ ، بل المُصَرَّحُ به في كلامِ مَن قال بقَوْلِه خِلافُ ذلك ، وهو صاحِبُ « الخُلاصَةِ » ، وظاهِرُ الرِّوايَةِ التى في « الرِّعايَةِ » . وقيل : قَرابَتُه كآلِه . على ما يأْتِى . وعنه ، إنْ كان يَصِلُ قَرابَتَه مِن قِبَلِ أُمِّه في حياتِه ، صُرِفَ إليه ، وإلَّا فلا . قال الحارِثِيُّ : وهذه عنه أشْهَرُ . واخْتارَها القاضى أبو الحُسَيْنِ وغيرُه ، وقالا : هى أصحُّ . وقيل : تدْخُلُ قَرابَةُ أُمِّه ؛ سواءٌ كان يَصِلُهم ، أوْ لا . قال الزَّرْكَشِيُّ : وكلامُ ابنِ الزَّاغُونِيِّ في « الوَجيزِ » يقْتَضِى أنَّه رِوايَةٌ .

الشرح الكبير

نِسائِه ، ولا قَرَابةَ لهم ، وتَحِلُّ له ابْنةُ عَمِّه وخالِه ، وهُنَّ مِن أقارِبِه ، وما ذَكَرُوه مِن التَّفْضِيلِ[1] لا يَقْتَضِيه اللَّفْظُ ، ولا يَدُلُّ عليه دَلِيلٌ ، فالمَصِيرُ إليه تَحَكُّمٌ . فأمّا إن كان فى لَفظِه ما يَدُلُّ على إرادَةِ قَرابَةِ أُمِّه ، كقَوْلِه : وتُفَضَّلُ قَرابَتِى مِن جِهَةِ أبِى على قَرابَتِى مِن جِهَةِ أُمِّى . أو قولِه : إلَّا ابْنَ خالَتِى فُلانًا . أو نَحوَ ذلك ، أو قَرِينةٍ تُخْرِجُ بعضَهم ، عُمِلَ بما دَلَّتْ عليه القَرِينَةُ ؛ لأنَّها تَصْرِفُ اللَّفْظَ عن ظاهِرِه إلى غيرِه .

الإنصاف

فعلى هذا ، والذى قبلَه ، يدْخُلُ إخْوَتُه وأخواتُه وأوْلادُهم ، وأخْوالُه وخالاتُه وأوْلادُهم . وهل يتقَيَّدُ بأرْبَعَةِ آباءٍ أيضًا ؟ فيه رِوايتان . وأطْلَقهما الحارِثِىُّ . وفى « الكافِى » احْتِمالٌ بدُخولِ كلِّ مَن عُرِفَ بقَرابَتِه مِن جِهَةِ أبِيه وأُمِّه ، مِن غيرِ تَقْييدٍ بأرْبَعَةِ آباءٍ . ونحوُه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وكذلك القاضى فى « المُجَرَّدِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . قال ناظِمُ المُفْرَداتِ :

مَن يُوصِ للقَريبِ ، قُلْ : لايدْخُلُ ‏ ‏ ‏ منهم سِوَى مَن فى الحياةِ يَصِلُ
فإنْ تكُنْ صِلاتُه مُنْقَطِعَهْ ‏ ‏ ‏ قَرابَةُ الأُمِّ إذَنْ مُمْتَنِعَهْ
وعَمِّمِ الباقِى مِنَ الأقارِبِ ‏ ‏ ‏ مِن جِهَةِ الآبا ، ولاتُوارِبِ
وفى القَريبِ كافِرٌ لا يدْخُلُ ‏ ‏ ‏ وعن أُهَيْلِ قرْيَةٍ يَنْعزِلُ

تنبيه : الوَصِيَّةُ كالوَقْفِ فى هذه المَسائلِ ، كما قال المُصَنِّفُ بعدَ ذلك . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ المُوصَى له : إذا أوْصَى لأقْرَبِ قَرابَتِه . والوَقْفُ كذلك . فانْقُلْ ما يأْتِى هناك إلى هنا .

---

(١) فى ر ١ : « التفصيل » .

المقنع وَأَهْلُ بَيْتِهِ بِمَنْزِلَةِ قَرَابَتِهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُعْطَى مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وَأُمِّهِ .

الشرح الكبير **٢٥٨٧** – مسألة : (وأَهْلُ بَيْتِه بمَنْزِلَةِ قَرابَتِه . وقال الخِرَقِيُّ : يُعْطَى مِن قِبَلِ أبِيه وأُمِّه) المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّ أهْلَ بَيْتِه بمَنْزِلَةِ قَرابَتِه ، فإنَّه قال ، فى رِوايةِ عبدِ اللهِ : إذا أوْصَى بثُلُثِ مالِه لأهْلِ بَيْتِه ، فهو بمَثابَةِ قَوْلِه : لقَرابَتِى . وحَكاه ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ ، وقال : [٢٢٨/٥ظ] قال أحمدُ : قال النبىُّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِى ولِأَهْلِ بَيْتِى »(١) . فجعلَ سَهْمَ ذَوِى القُرْبَى لهم عِوَضًا عن الصَّدَقةِ التى حُرِّمَتْ عليهم ، فكان ذَوو القُرْبَى الذين سَمَّاهم اللهُ تعالى هم أهْلُ بَيْتِه الَّذين حُرِّمَتْ عليهم الصَّدَقَةُ . وذَكَر حَديثَ زَيْدِ بن أرْقَمَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « أُذَكِّرُكُمُ اللهَ فِى أَهْلِ بَيْتِى » . قال : قُلْنا : مَن أهْلُ بَيْتِه ، نِساؤُه ؟ قال : لا ، أصْلُه وعَشِيرَتُه الَّذين حُرِّمَتْ عليهم الصَّدَقَةُ بعدَه ؛ آلُ عَلِىٍّ ، وآلُ

الإنصاف قوله : وأهْلُ بَيْتِه بمَنْزِلَةِ قَرابَتِه . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وقال الخِرَقِىُّ : يُعْطَى مِن قِبَلِ أبِيه وأُمِّه . واخْتارَ أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ ، أنَّ أهْلَ بَيْتِه كقَرابَةِ أبَوَيْه .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٢٢٤/٧ .

الشرح الكبير

عَقِيلٍ ، وآلُ جَعْفَرٍ ، وآلُ عَبّاسٍ [١] . قال القاضِى : قال ثَعْلَبٌ : أَهْلُ البَيْتِ عندَ العَرَبِ آباءُ الرجلِ وأوْلادُهم ، كالأجْدادِ والأعْمامِ وأوْلادِهم ، ويَسْتَوِى فيه الذُّكُورُ والإِناثُ . وذَكَر القاضى أنَّ أوْلادَ الرجلِ لا يَدْخُلُون فى اسْمِ القَرابةِ ولا أهْلِ بَيْتِه . وليس هذا بشىءٍ ، فإنَّ وَلَدَ النبىِّ ﷺ مِن أهْلِ بَيْتِه وأقارِبه الذين حُرِمُوا الصَّدَقَةَ ، وأُعْطُوا مِن سَهْمِ ذِى القُرْبَى ، وهُم أقْرَبُ أقارِبِه ، فكيف لا يَكُونُون مِن أقارِبِه ؟ وقد قال النبىُّ ﷺ لفاطِمَةَ ووَلَدَيْها وزَوْجِها : « اللَّهُمَّ هؤُلاءِ أهْلُ بَيْتِى ، فَأَذْهِبْ عَنْهُمُ الرِّجْسَ وطَهِّرْهُمْ تَطْهِيرًا » [٢] . ولو وَقَف على أقارِبِ رجلٍ ، أو وَصَّى لأقارِبِه ، دَخَل فيه وَلَدُه [٣] ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه . والخِرَقِىُّ قد عَدَّهُم فى القَرابةِ بقَوْلِه : لا يُجاوِزُ به أرْبعةَ آباءٍ [٤] ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لم يُجاوِزْ بَنِى هاشِمٍ بسَهْمِ ذَوِى القُرْبَى . فجَعلَ هاشِمًا الأبَ الرابعَ ، ولا يكونُ رابعًا إلَّا أن يَعُدَّ النبىَّ ﷺ أبًا ؛ لأنَّ هاشِمًا إنَّما هو رابعُ النبىِّ ﷺ . ووَجْهُ قَوْلِ الخِرَقِىِّ أنَّ أُمَّه مِن أهْلِ بَيْتِه ، فكذلك أقارِبُها مِن أوْلادِها وأبَوَيْها وإخْوَتِها وأخَواتِها .

الإنصاف

واخْتارَ الشِّيرازِىُّ ، أنَّه يُعْطَى مَن كانَ يصِلُه فى حَياتِه مِن قِبَلِ أبيه وأُمِّه ، ولو جاوَزَ

---

(١) أخرجه الدارمى ، فى : باب فضل من قرأ القرآن ، من كتاب فضائل القرآن . سنن الدرامى ٢/٤٣٢ مختصرًا . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٦٧ .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣/٢٤٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٢٩٢ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤ .

(٣) فى م : « وولده » .

(٤) سقط من : م .

المقنع وَقَوْمُهُ وَنُسَبَاؤُهُ كَقَرَابَتِهِ .

الشرح الكبير **٢٥٨٨** – مسألة : (وقَوْمُه ونُسَباؤُه كقَرَابَتِه) لأنَّ قَوْمَ الرجلِ قَبِيلَتُه ، وهم نُسَباؤُه ، قال الشاعرُ :

فقلْتُ لها أمّا رَفِيقِى فقَوْمُه تَمِيمٌ وأمّا أُسْرَتِى فيمان

وقال أبو بكرٍ : هو بمَثابةِ أهْلِ بَيْتِه ؛ لأنَّ أهْلَ بَيْتِه أقارِبُه ، وأقارِبُه هم قَوْمُه ونُسَباؤُه . وقال القاضِى : إذا قال : لرَحِمِى ، أو لأرْحامِى ،

الإنصاف أرْبعَةَ آباءٍ . ونقلَه صالِحٌ . وقيل : أهْلُ بَيْتِه ، كذَوِى رَحِمِه . على ما يأتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ قَرِيبًا . وعنه ، أزْواجُه مِن أهْلِ بَيْتِه ومِن أهْلِه . ذكَرَها الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وقال : فى دُخُولِهِنَّ فى آلِه وأهْلِ بَيْتِه رِوايَتان ؛ أصَحُّهما دخولُهُنَّ ، وأنَّه قوْلُ الشَّرِيفِ أبِى جَعْفَرٍ وغيرِه . وتقدَّم ذلك فى صِفَةِ الصَّلاةِ ، عندَ قوْلِه : اللَّهمَّ صلِّ على محمدٍ ، وعلى آلِ محمدٍ . وقال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ « الوَسِيلَةِ » ، أنَّ لفْظَ الأهْلِ كالقَرابَةِ ، وظاهِرُ « الواضِحِ » ، أنَّهم نُسباؤه[1]. وذكَر القاضى ، أنَّ أوْلادَ الرَّجُلِ لايدْخُلون فى أهْلِ بَيْتِه . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : وليس بشىءٍ .

فائدة : آلُه كأهْلِ بَيْتِه خِلافًا ومذهبًا . وتقدَّم كلامُ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ وغيرِه فى الآلِ فى صِفَةِ الصَّلاةِ . فلْيُعاوَدْ . وأهْلُه مِن غيرِ إضافَةٍ إلى البَيْتِ كإضافَتِه إليه . قالَه [٢٥١/٢و] المَجْدُ ، وذكَر عن القاضى فى دُخولِ الزَّوْجاتِ هنا وَجْهَين . واخْتارَ الحارِثِىُّ الدُّخولَ ، وهو الصَّوابُ ، والسُّنَّةُ طافِحَةٌ بذلك .

قوله : وقَوْمُه ونُسَباؤُه كقَرابَتِه . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما ، وقدَّمه فيهما

(١) فى الفروع ٦١٦/٤ : « نساؤه » .

الشرح الكبير

أو لنُسَبائِى ، أو لمُناسِبِى . صُرِف إلى قَرابَتِه مِن قِبَلِ أبِيه وأُمِّه ، ويتَعَدَّى وَلَدَ الأبِ الخامِسِ . فعلى هذا ، يُصْرَفُ إلى كلِّ مَن يَرِثُ بفَرْضٍ أو تَعْصِيبٍ أو بالرَّحِمِ فى حالٍ مِن الأحْوالِ . قال شيخُنا[1] : وقوْلُ أبِى بكرٍ فى المُناسِبِين أوْلَى مِن قوْلِ القاضِى ؛ لأنَّ ذلك فى العُرْفِ على مَن كان مِن العَشِيرَةِ [٢٢٩/٥و] التى يَنْتَسِبان إليها ، وإذا كان كلُّ واحدٍ منهما يَنْتَسِبُ إلى قَبِيلةٍ غيرِ قَبِيلةِ صاحِبِه ، فليس بمُناسِبٍ له .

فصل : وآلُه مثلُ قَرابَتِه ، فإنَّ فى بعضِ ألفاظِ حَدِيثِ زَيْدِ بنِ أرْقَمَ : مَن آلُ رسولِ اللهِ ﷺ ؟ قال : أصْلُه وعَشِيرَتُه الَّذين حُرِمُوا الصَّدقةَ بعدَه ؛ آلُ عَلِىٍّ ، وآلُ عَبّاسٍ ، وآلُ جعْفَرٍ ، وآلُ عَقِيلٍ . والأصْلُ فى آلٍ أهْلٌ ، فقُلِبَتِ الهاءُ هَمْزةً ، كما قالوا : هَرَقْتُ الماءَ وأرَقْتُه . ومُدَّتْ لئلَّا تَجْتَمِعَ هَمْزَتان .

الإنصاف

فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقيل : هما كذَوِى رَحِمِه . وقيل : قَوْمُه كقَرابَتِه ، ونُسَباؤُه كذَوِى رَحِمِه . جزَم به فى « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : ونُسَباؤُه كأهْلِ بَيْتِه وقَوْمِه . وقدَّما أنَّ قَوْمَه كقَرابَتِه . وقال أبو بَكْرٍ : هما كأهْلِ بَيْتِه . واقْتَصرَ عليه فى « الهِدايَةِ » . وقطَع به فى « المُذْهَبِ » . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، بعدَ أنْ ذكَر ماحَكاه أبو الخَطَّابِ عن أبى بَكْرٍ : وذكَر أبو

---

(١) فى : المغنى ٥٣٥/٨ .

المقنع وَالْعِتْرَةُ هُمُ الْعَشِيرَةُ .

الشرح الكبير **٢٥٨٩** – مسألة : (والعِتْرَةُ هم العَشِيرَةُ) الأدْنَوْن فى عُرْفِ الناسِ ، ووَلَدُه الذُّكُورُ والإِناثُ وإن سَفَلُوا ، (١)و بذلك(١) فَسَّرَه ابنُ قُتَيْبَةَ(٢) . وقد تَوَقَّفَ أحمدُ فى ذلك . وقال ثَعْلَبٌ ، وابنُ الأعْرابِىِّ : العِتْرَةُ الأوْلادُ وأوْلادُ الأوْلادِ . و لم يُدْخِلا فى ذلك العَشِيرةَ . والأوّلُ أصَحُّ وأشْهَرُ فى عُرْفِ الناسِ . ووَجْهُ الأوّلِ قوْلُ أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى مَحْفِلٍ مِن أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ : نحن عِتْرَةُ رسولِ اللهِ ﷺ وبَيْضَتُه التى تَفَقَّأَتْ عنه . فلم يُنْكِرْه أحَدٌ ، وهم أهْلُ اللِّسانِ ، فلا يُعَوَّلُ على ما خالَفَه .

الإنصاف بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » أنَّه إذا قال : لأهْلِ بَيْتِى . أو قَوْمِى . فهو مِن قِبَلِ الأب . وإنْ قال : أنْسِبائِى . فمِن قِبَلِ الأبِ والأُمِّ . انتهى . ويأْتِى كلامُ القاضى فى الأنْسِباءِ عندَ الكلامِ على ذَوِى الرَّحِمِ . واخْتارَ أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ ، أنَّ قَوْمَه كقَرابَةِ أبوَيْه .

وقال ابنُ الجَوْزِىِّ : القَوْمُ للرِّجالِ دُونَ النِّساءِ ، وِفاقًا للشَّافِعِىِّ ؛ لقَوْلِه تَعالَى : ﴿ لا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ ﴾(٣) .

قوله : والعِتْرَةُ ؛ هم العَشِيرَةُ . هذا المذهبُ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه النَّاظِمُ . وقالَه القاضى وغيرُه . قال المُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، والشَّارِحُ : العِتْرَةُ ؛ العَشِيرَةُ الأدْنَون فى عُرْفِ النَّاسِ ، ووَلَدُه الذُّكورُ والإِناثُ ، وإنْ سفَلُوا .

(١ – ١) سقط من : م .
(٢) انظر : غريب الحديث ١/ ٢٣٠ .
(٣) سورة الحجرات ١١ .

المقنع

وَذَوُو رَحِمِهِ كُلُّ قَرَابَةٍ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ .

الشرح الكبير

٢٥٩٠ - مسألة : (وذَوُو رَحِمِه كلُّ قَرابةٍ له مِن جِهَةِ الآباءِ والأُمَّهاتِ) قال القاضى : يَنْصرِفُ إلى قَرابَتِه مِن جِهَةِ أبيه وأُمِّه ، ويتَعَدَّى وَلَدَ الأبِ الخامسِ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى مسألةِ القَوْمِ والنُّسباءِ .

الإنصاف

وصحَّحاه . قال فى « الوَجيزِ » : العِتْرَةُ تخْتَصُّ العَشِيرَةَ والوَلَدَ . وقيل : العِتْرَةُ ؛ الذُّرِّيَّةُ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . واخْتارَه المَجْدُ . وقيل : هى العَشِيرَةُ الأَدْنَون . وقيل : وَلَدُه . وقيل : وَلَدُه ووَلَدُ وَلَدِه . وقيل : ذَوُو قرابَتِه . اخْتارَه ابنُ أبى مُوسى . قال فى « الهِدايَةِ » : إذا أَوْصَى لعِتْرَتِه ، فقد توَقَّفَ أحمدُ . فيَحْتَمِلُ أنْ يدْخُلَ فى ذلك عَشِيرَتُه وأوْلادُه ، ويَحْتَمِلُ أنْ يخْتَصَّ مَن كان مِن وَلَدِه .

فائدة : العَشِيرَةُ ؛ هى القَبِيلَةُ . قالَه الجَوْهَرِىُّ[1] . وقال القاضى عِياضٌ : هى أهْلُه الأَدْنَون ؛ وهم بَنُو أبيه .

قوله : وذَوُو رَحِمِه ؛ كلُّ قَرابَةٍ له مِن جِهَةِ الآباءِ والأُمَّهاتِ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وهم قرابَتُه لأبوَيه ووَلَدُه . وقال فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : هم قرابَةُ أبوَيه ، أو وَلَدُه ، بزيادَةِ « ألِفٍ » . وقال القاضى : إذا قال : لرَحِمِى . أو لأَرْحامِى . أو لنُسَبائِى . أو لمُناسِبِى . صُرِفَ إلى قرابَتِه مِن قِبَلِ أبيه وأُمِّه ، ويتعَدَّى وَلَدَ الأبِ الخامِسِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : فعلى هذا ، يُصْرَفُ إلى كلِّ مَن يرِثُ بفَرْضٍ ، أو تَعْصِيبٍ ،

---

(١) فى : الصحاح ٢/٧٤٧ .

المقنع وَالْأَيَامَى وَالْعُزَّابُ ، مَنْ لَازَوْجَ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . وَيَحْتَمِلُ

الشرح الكبير **٢٥٩١** - مسألة : (والأيامَى والعُزَّابُ ، مَن لا زَوْجَ له مِن الرِّجالِ والنِّساءِ) ذكَرَه أصحابُنا . قال شيخُنا[١] : ويَحْتَمِلُ أن يَخْتَصَّ اسْمُ الأيامَى النِّساءَ اللَّاتِى لا أزْواجَ لهُنَّ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ ﴾[٢] . وفى الحَديثِ : « أعُوذُ باللهِ مِنْ بَوارِ الأَيِّمِ »[٣] . ووَجْهُ الأوَّلِ ما رَوَى سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ أنَّه قال : آمَتْ حَفْصَةُ بنتُ عُمَرَ مِن زَوْجِها ، وآمَ عثمانُ مِن رُقَيَّةَ .

قال الشاعر[٤] :

فإنْ تَنْكِحِى أَنْكِحْ وإن تَتَأَيَّمِى وإن كُنْتُ أفْتَى مِنْكُمُ أتأيَّمُ[٥]

الإنصاف أو بالرَّحِمِ ، فى حالٍ مِنَ الأحْوالِ . ونقَل صالِحٌ ، يَخْتَصُّ مَن يصِلُه مِن أهْلِ أبيه وأُمِّه ، ولو جاوَزَ أرْبَعَةَ آباءٍ .

قوله : والأَيامَى والعُزَّابُ ؛ مَن لازَوْجَ له مِنَ الرِّجالِ والنِّساءِ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الشَّارِحُ : ذكَرَه أصحابُنا . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يَخْتَصَّ الأيامَى بالنِّساءِ ، والعُزَّابُ بالرِّجالِ . قال الشَّارِحُ : وهذا أوْلَى . واخْتارَه فى « المُغْنِى » . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : والأيامَى ؛ النِّساءُ البُلَّغُ . وقال القاضى فى « التَّعْلِيقِ » : الصَّغيرُ

---

(١) فى : المغنى ٨/٤٥٣ .

(٢) سورة النور ٣٢ .

(٣) انظر : النهاية فى غريب الحديث ١/١٦١ .

(٤) البيت فى اللسان والتاج (أ ى م) .

(٥) عجز البيت فى اللسان : « يدا الدهر ما لم تنكحى أتأيم » . وفى التاج : « أبد الدهر » .

المقنع

أَنْ يَخْتَصَّ الْأَيَامَى بِالنِّسَاءِ ، وَالْعُزَّابُ بالرِّجَالِ . فَأَمَّا الْأَرَامِلُ ، فَهُنَّ النِّسَاءُ اللَّاتِي فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجُهُنَّ .وَقِيلَ : هُوَ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ.

الشرح الكبير

وقولُ شيخِنا أوْلَى ؛ لأنَّ العُرْفَ يَخْتَصُّ النِّساءَ بهذا الاسْمِ ، والحُكْمُ للاسْمِ العُرْفِيِّ . ولأنَّ قوْلَ النبيِّ ﷺ : « أَعُوذُ باللهِ مِنْ بَوارِ الأَيِّمِ » . إنَّما أرادَ به النِّساءَ . وأمّا العُزَّابُ فهم الذين لا أزْواجَ لهم مِن الرِّجالِ والنِّساءِ ، يقالُ : رجلٌ عَزَبٌ ، وامرأةٌ عَزَبَةٌ . قاله ثعلبٌ . وإنَّما سُمِّىَ عَزَبًا لانْفِرادِه (ويَحْتَمِلُ أن يَخْتَصَّ الأيامَى بالنِّساءِ ، والعُزَّابُ بالرجالِ) ولذلك يقالُ : امرأةٌ أَيِّمٌ . بغيرِ هاءٍ ، ولا يقالُ : أَيِّمةٌ . ولو كان [٢٢٩/٥ظ] الرجلُ مُشارِكًا لها لقِيلَ : أَيِّمٌ وأَيِّمةٌ . مثلَ : قائِمٌ وقائِمَةٌ . ولأنَّ العُرْفَ أنَّ العزَبَ يَخْتَصُّ بالرجلِ .

٢٥٩٢ - مسألة : (فأمّا الأرامِلُ ، فهُنَّ النِّساءُ اللّاتى فارَقَهُنَّ أزْواجُهُنَّ) بمَوْتٍ أو غيرِه . قال أحمدُ فى رِوايةِ حَرْبٍ ، وقد سُئِل عن

الإنصاف

لايُسَمَّى أيِّمًا عُرْفًا ، وإنَّما ذلك صِفَةٌ للبالغِ[1] .

قوله : فأمَّا الأرامِلُ ؛ فهُنَّ النِّساءُ اللَّاتِى فارَقَهُنَّ أزْواجُهُنَّ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و «النَّظْمِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه القاضى وغيرُه . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . وقيل : هو للرِّجالِ والنِّساءِ . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . قال ابنُ الجَوْزِىِّ : فى اللُّغَةِ ؛ رجُلٌ أرْمَلٌ ، وامْرأَةٌ أرْملَةٌ . وقال القاضى فى « التَّعْليقِ » : الصَّغِيرَةُ لا تُسَمَّى أرْملَةً عُرْفًا ، وإنَّما ذلك صِفَةٌ للبالِغ ، كما قال فى الأيِّمِ .

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

رجُلٍ وَصَّى لأرامِلِ بَنِى فُلانٍ . فقال : قد اخْتلَفَ الناسُ فيها ، فقال قومٌ : للرجالِ والنِّساءِ ، والذى يُعْرَفُ مِن كلامِ الناسِ أنَّ الأرامِلَ النِّساءُ . وقال الشَّعْبِىُّ ، وإسحاقُ : هو للرجالِ والنِّساءِ . وأنْشدَ :

هَـٰذِى الأرامِلُ قد قَضَّيْتَ حاجَتَها ... فمَنْ لِحاجَةِ هذا الأرْمَلِ الذَّكَرِ [1]

وقال آخرُ [2] :

أُحِبُّ أن أصْطادَ [3] ضَبًّا سَحْبَلا [3] ... رَعَى الرَّبِيعَ والشِّتاءَ أرْمَلَا

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما، البِكْرُ ، والثَّيِّبُ ، والعانِسُ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى . وكذا إخْوَتُه وعُمومَتُه يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى . وقال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ وجْهٌ ، وتَناوُلُه لبَعيدٍ ، كوَلَدِ وَلَدٍ . قال ابنُ الجَوْزِىِّ : يُقالُ فى اللُّغَةِ : رجُلٌ أيِّمٌ ، وامْرأةٌ أيِّمٌ ، ورجُلٌ بِكْرٌ ، وامْرأةٌ بِكْرٌ ، إذا لم يتزَوَّجا . ورَجُلٌ ثَيِّبٌ ، وامْرأةٌ ثَيِّبَةٌ . إذا كانا قد تزَوَّجا . انتهى . وأمَّا الثُّيوبَةُ ؛ فزَوالُ البَكارَةِ . قالَه المُصَنِّفُ ، ومَن تَبِعَه ، وأطْلَقَ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : زَوالُ البَكارَةِ بزَوْجيَّةٍ ؛ مِن رجُلٍ وامْرأةٍ . الثَّانيةُ ، الرَّهْطُ ؛ مادُونَ العَشَرَةِ مِنَ الرِّجالِ خاصَّةً ، لُغَةً . وذكَر ابنُ الجَوْزِىِّ أنَّ الرَّهْطَ مابينَ الثَّلاثَةِ والعَشَرَةِ . وكذا قال فى النَّفَرِ ؛ أنَّه ما بينَ الثَّلاثَةِ والعَشْرَةِ . وتقدَّم ذِكْرُ « النَّفرِ » فى أوَّلِ الفَواتِ والإحْصارِ ، فيما إذا وقَف نَفرٌ .

---

(١) البيت لجرير ، فى اللسان (ر م ل) ، وهو أيضا فى معجم مقاييس اللغة ٢/٤٤٢ . وليس فى ديوان جرير .

(٢) الرجز فى اللسان ، والتاج ، وتهذيب اللغة ١٥/٢٠٥ (ر م ل) و (س ح ب ل) . والأول منه فى اللسان والتاج (ر ب ل) .

(٣ - ٣) ضبًّا سَحْبَلا : ضخمًا .

الشرح الكبير

وَوَجْهُ الأوّلِ أنَّ المَعْرُوفَ مِن كلامِ الناسِ أنَّه للنِّساءِ ، فلا يُحْمَلُ اللَّفظُ إلَّا عليه ، ولأنَّ الأرامِلَ جَمْعُ أرْمَلةٍ ، فلا يكونُ جَمْعًا للمُذَكَّرِ ؛ لأنَّ ما يَخْتَلِفُ لَفْظُ الذَّكَرِ والأُنْثَى فى واحدِه يَخْتَلِفُ فى جَمْعِه ، وقد أنْكَرَ ابنُ الأنْبارِىّ على قائلِ القَوْلِ الأوّلِ ، وخَطَّأه فيه ، والشِّعْرُ الذى احْتَجَّ به حُجَّةٌ عليه ، فإنَّه لو كان لَفْظُ الأرامِلِ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى ، لقال : حاجَتَهِمْ . إذ لا خِلافَ بينَ أهْلِ اللِّسانِ فى أنَّ اللَّفْظَ متى كان للذَّكَرِ والأُنْثَى ، ثم رُدَّ عليه ضَمِيرٌ ، غُلِّبَ فيه لَفْظُ التَّذْكِيرِ وضَمِيرُه ، فلمّا رُدَّ الضَّمِيرُ على الإناثِ ، عُلِم أنَّه مَوْضُوعٌ لَهُنَّ على الانْفِرادِ ، وسَمَّى نَفْسَه أرْمَلًا تَجَوُّزًا وتَشْبِيهًا بهِنَّ ، ولذلك وَصَفَ نَفْسَه بأنَّه ذَكَرٌ . وكذلك الشِّعْرُ الآخَرُ ، ويَدُلُّ على إرادَةِ المَجازِ أنَّ اللَّفْظَ عندَ إطْلاقِه لا يُفْهَمُ منه إلَّا النِّساءُ ، ولا يُسَمَّى به فى العُرْفِ غيرُهُنَّ ، وهذا دَلِيلٌ على أنَّه لم يُوضَعْ لغيرِهِنَّ ، ثم لو ثَبَت أنَّه فى الحَقِيقةِ للنِّساءِ والرجالِ لكنَّ أهْلَ العُرْفِ قد خَصُّوا به النِّساءَ ، وتُرِكَتِ الحَقِيقةُ حتى صارتْ مَغْمُورَةً[1] ، لا تُفْهَمُ مِن لَفْظِ المُتَكَلِّمِ ، ولا يَتعلَّقُ بها حُكْمٌ ، كسائِرِ الألْفاظِ العُرْفِيَّةِ .

فصل : وإن وَقَف على أخَواتِه ، فهو للإناثِ خاصَّةً ، وإن وَقَف على إخْوَتِه ، دَخَل فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى جميعًا ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً﴾[2] . وقال: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾[3] .

(١) فى م : « مهجورة » .
(٢) سورة النساء ١٧٦ .
(٣) سورة النساء ١١ .

المقنع

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرْيَتِهِ أَوْ قَرَابَتِهِ ، لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يُخَالِفُ دِينَهُ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ [١٥٥ظ] الْمُسْلِمَ يَدْخُلُ وَإِنْ كَانَ الْوَاقِفُ كَافِرًا .

الشرح الكبير

وأجمَعَ العُلَماءُ على حَجْبِها بالذَّكَرِ والأُنْثَى . وإن قال : لِعُمُومَتِه . فالظَّاهِرُ أنه مِثْلُ الإِخْوَةِ ، يَشْمَلُ[1] الذَّكَرَ والأُنْثَى ؛ لأنَّهم إخْوَةُ أَبِيه . وإن قال : لبَنِى إخْوَتِه . أو : لبَنِى عَمِّه . فهو للذُّكُورِ دُونَ الإِناثِ . إذا لم يكونُوا [٥/٢٣٠و] قَبِيلةً ، والفَرْقُ بينَهما أنَّ الإِخْوَةَ والعُمُومَةَ ليس لهما لَفْظٌ مَوْضُوعٌ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى سِوى هذا اللَّفْظِ ، وبَنُو الإِخْوَةِ والعَمِّ لهم لَفْظٌ يَشْمَلُ الجَمِيعَ ، وهو لَفْظُ الأَوْلادِ ، فإذا عَدَل عن اللَّفْظِ العامِّ إلى لَفْظِ البَنِين ، دَلَّ على إرادَةِ الذُّكُورِ ، ولأنَّ لَفْظَ العُمُومَةِ أَشْبَهُ بلَفْظِ الإِخْوَةِ ، ولَفْظُ بَنِى الإِخْوَةِ والعَمِّ يُشْبِهُ بَنِى فُلانٍ ، وقد دَلَّلْنا عليهما . والحُكْمُ فى تناوُلِ اللَّفْظِ للبَعِيدِ مِن العُمُومَةِ وبَنِى العَمِّ والإِخْوَةِ ، حُكْمُ ما ذَكَرْنا فى وَلَدِ الوَلَدِ ، مع القَرِينةِ وعَدَمِها فى المَسائِلِ المُتَقَدِّمَةِ .

٢٥٩٣ – مسألة : (وإن وَقَف على أهْلِ قَرْيَتِه أو قَرابَتِه ، لم يَدْخُلْ فيهم مَن يُخالِفُ دِينَه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ المُسْلِمَ يَدْخُلُ فيه وإن كان الواقِفُ كافِرًا) وجملةُ ذلك ، أنَّ الإِنسانَ إذا وَقَف على أهْلِ قَرْيَتِه أو قَرابَتِه

الإنصاف

قوله : وإنْ وقَف على أهْلِ [٢/٢٥١ظ] قَرْيَتِه أو قَرابَتِه – وكذا لو وَصَّى لهم – لم يدْخُلْ فيهم مَن يُخالِفُ دِينَه . وكذا لو وقَف على إخْوَتِه ، ونحوِهم ، لم يدخلْ

---

(١) فى م : « لا يشمل » .

الشرح الكبير

أو أتى بلَفْظٍ عامٍّ يَدْخُلُ فيه المسلمون والكُفّارُ ، والواقِفُ مُسْلِمٌ ، فهو للمسلمين خاصَّةً ، ولا شيءَ للكفّارِ . وقال الشافعيُّ : يَدْخُلُ فيه الكفّارُ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَتناوَلُهم بعُمُومِه . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ﴾[1] . فلم يَدْخُلْ فيه الكُفّارُ إذا كان المَيِّتُ مُسْلِمًا ، وإذا لم يَدْخُلُوا فى لَفْظِ القرْآنِ مع عُمُومِه ، لم يَدْخُلوا فى لَفْظِ الواقِفِ ، ولأنَّ ظاهِرَ حالِه أنَّه[2] لا يُرِيدُ الكُفّارَ ؛ لِما بيْنَه وبينَهم مِن عَداوَةِ الدِّينِ ، وعَدَمِ الوُصْلَةِ المانِعَةِ[3] مِن المِيراثِ ووُجُوبِ النَّفَقةِ ، ولذلك خَرَجُوا مِن عُمُومِ اللَّفْظِ فى الأوْلادِ والإِخْوَةِ والأزْواجِ ، وسائِرِ الألْفاظِ العامَّةِ فى المِيراثِ ، فكذا هـٰهُنا ، فإن صَرَّحَ بهم دَخَلُوا ؛ لأنَّ إخْراجَهم يُتْرَكُ به صَرِيحُ المَقالِ ، وهو أقْوَى مِن قَرِينةِ الحالِ . وإن وَقَف عليهم وأهْلُ القَرْيةِ كلُّهم كُفّارٌ ، أو وَقَف على قَرابَتِه وكلُّهم كُفّارٌ ، دَخَلُوا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَخْصِيصُهم ، إذ فى إخْراجِهم رَفْعُ اللَّفْظِ بالكُلِّيَّةِ . فإن كان فيها مُسْلِمٌ واحِدٌ والباقِى كُفّارٌ ، دَخَلُوا أيضًا ؛ لأنَّ إخْراجَهم هـٰهُنا

الإنصاف

فيهم مَن يُخالِفُ دِينَه . وهذا المذهبُ فى ذلك كلِّه . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّ المُسْلِمَ يدْخُلُ ، وإنْ كان الواقِفُ كافِرًا ، ولا عكسَ . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » .

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « المانع » .

الشرح الكبير

بالتَّخْصِيص بَعيدٌ ، وفيه مُخالَفةُ الظاهِرِ مِن وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، مُخالَفَةُ لَفْظِ العُمُوم . والثانى ، حَمْلُ اللَّفْظِ الدّالِّ على الجَمْعِ على المُفْرَدِ . وإن كان الأكْثَرُ كُفّارًا ، فهو للمُسْلِمين ، فى ظاهِرِ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه أمْكَنَ حَمْلُ اللَّفْظِ عليهم وصَرْفُه إليهم ، والتَّخْصِيصُ [٥/٢٣٠ظ] يَصِحُّ ، وإن كان بإخْراجِ الأكْثَرِ . ويَحْتَمِلُ أن يَدْخُلَ الكُفّارُ فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ التَّخْصِيصَ فى مثلِ هذا بَعِيدٌ ، فإنَّ تَخْصِيصَ الصُّورَةِ النّادِرَةِ قَرِيبٌ ، وتَخْصِيصَ الأكْثَرِ بَعِيدٌ يَحْتاجُ إلى دَلِيلٍ قَوِىٍّ . والحُكْمُ فى سائِرِ ألْفاظِ العُمُومِ ؛ كالإِخْوَةِ ، والأعْمامِ ، وبَنِى عَمِّه ، واليَتامَى ، والمَساكِينِ ، كالحُكْمِ فى أهْلِ قَرْيَتِه . فأمّا إن كان الواقِفُ كافِرًا ، فإنَّه يَتَناوَلُ أهْلَ دِينِه ؛ لأنَّ لَفْظَه يَتَناوَلُهم ، والقَرِينَةُ تَدُلُّ على إرادَتِهم ، فأشْبَهَ وَقْفَ المُسْلِمِ ، يَتناوَلُ أهْلَ دِينِه . وهل يَدْخُلُ فيه المُسْلِمون ؟ يُنْظَرُ ؛ فإن وُجِدَتْ قَرِينَةٌ

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، محَلُّ الخِلافِ ؛ إذا لم تُوجَدْ قَرِينَةٌ قَوْلِيَّةٌ ، أو حالِيَّةٌ ، فإنْ وُجِدَتْ ، دَخَلُوا ؛ مثلَ أنْ لا يكونَ فى القَرْيَةِ إلَّا مُسْلِمُون ، أو لا يكونَ فيها إلَّا كافِرٌ واحِدٌ ، وباقِى أهْلِها مُسْلِمُون ، قالَه الأصحابُ . قال فى « الفائقِ » : ولو كان أكثرُ أقارِبِه كُفَّارًا ، اخْتَصَّ المُسْلِمون فى أحَدِ الوَجْهَين . وقال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والعِشْرين بعدَ المِائَةِ » : لو وقَف المُسْلِمُ على قَرابَتِه ، أو أهْلِ قَرْيَتِه ، أو أوْصَى لهم ، وفيهم مُسْلِمُون وكُفَّارٌ ، لم يَتَناوَلِ الكُفَّارَ حتى يُصَرِّحَ بدُخولِهم . نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، وأبى طالِبٍ . ولو كان فيهم مُسْلِمٌ[1] واحِدٌ ، والباقِى

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

دالَّةٌ على دُخولِهم ، مثلَ أن لا يكونَ فى القَرْيةِ إلَّا مُسْلِمُون ، دَخَلُوا ، وكذلك إن لم يَكُنْ فيها إلَّا كافِرٌ واحِدٌ وباقى أهْلِها مُسْلِمُون ، وإنِ انْتَفَتِ القَرائِنُ ، ففى دُخولِهم وَجْهان ؛ أحَدُهُما ، لا يَدْخُلُون ؛ كما لم يَدْخلِ الكُفّارُ فى وَقْفِ المُسْلِمِ . والثانى ، يَدْخُلُون ؛ لأنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَتناوَلُهم ، وهم أحَقُّ بوَصِيَّتِه مِن غيرِهم ، فلا يُصْرَفُ اللَّفْظُ عن مُقْتضاه ومَن هو أحَقُّ بحُكْمِه إلى غيرِه . فإن كان فى القَرْيةِ كافِرٌ مِن غيرِ أهْلِ دِينِ الواقِفِ ، لم يَدْخُلْ ؛ لأنَّ قَرِينةَ الحالِ تُخْرِجُه ، ولم يُوجَدْ فيه ما وُجِد فى المُسْلِمِ مِن الأوْلَوِيَّةِ[1] ، فبَقِىَ خارِجًا بحالِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَخْرُجَ ، بِناءً على تَوْرِيثِ الكُفّارِ بعضِهم مِن بعضٍ مع اخْتِلافِ دِينِهم .

الإنصاف

كُفَّارٌ ، ففى الاقْتِصارِ عليه وَجْهان ؛ لأنَّ حَمْلَ اللَّفْظِ العامِّ على واحدٍ ، بَعيدٌ جِدًّا . انتهى . قلتُ : الصَّوابُ الدُّخولُ فى هذه الصُّورَةِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : ومالَ إليه أبو محمدٍ . الثَّانِى ، شَمِلَ قوْلُه : لم يَدخُلْ فيهم مَن يُخالِفُ دِينَه . لو كان فيهم كافِرٌ على غيرِ دِينِ الواقِفِ الكافرِ ، فلا يَدخلُ ، ولا يسْتَحِقُّ شيئًا ، ولو قُلْنا بدُخولِ المُسْلِمِ إذا كان الواقِفُ كافِرًا . وهو كذلك . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . ويَحْتَمِلُ أنْ يدْخُلَ ؛ بِناءً على تَوْريثِ الكُفَّارِ بعضَهم مِن بعضٍ ، مع اخْتِلافِ دِينِهم . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجعَله فى « الفُروعِ » محَلَّ وِفاقٍ ؛ على القَوْلِ بأنَّ بعضَهم يرِثُ بعضًا .

---

(١) فى م : « الأولى » .

المقنع

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ مِنْ فَوْقَ وَمِنْ أَسْفَلَ ، تَنَاوَلَ جَمِيعَهُمْ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَخْتَصُّ الْمَوَالِى مَنْ فَوْقَ .

الشرح الكبير

٢٥٩٤ – مسألة : (وإن وَقَف على مَوالِيه ، وله مَوالٍ مِن فَوْقَ ومَوالٍ مِن أسْفَلَ ، تناوَلَ جميعَهم . وقال ابنُ حامدٍ : يَخْتَصُّ المَوالِىَ مِن فَوْقَ) إذا وَقَف على مَوالِيه وله مَوالٍ مِن فَوْقَ حَسْبُ ، وهم مُعْتِقُوه ، اخْتَصَّ الوَقْفُ بهم ؛ لأنَّ الاسْمَ يَتناوَلُهم ، وقد تَعيَّنُوا بوُجُودِهم دُونَ غيرِهم . وإن لم يَكُنْ له إلَّا مَوالٍ مِن أسْفَلَ ، فهو لهم ؛ لذلك[1] . وإنِ اجْتَمَعُوا ، فهو لهم جميعًا يَسْتَوُون فيه ؛ لأنَّ الاسْمَ يَشْمَلُهم جميعًا . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّها لغيرِ مُعَيَّنٍ . وقال أبو ثَوْرٍ : يُقْرَعُ بينَهما ؛ لأنَّ أحَدَهما ليس بأَوْلى مِن الآخرِ . وقال ابنُ القاسِمِ : هو للمَوالِى

الإنصاف

قوله : وإنْ وقَف على مَوالِيه ، وله مَوالٍ مِن فَوْقَ ، ومَوالٍ مِن أسْفَلَ ، تناوَلَ جَميعَهم . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وصحَّحه فى « الفائقِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال ابنُ حامِدٍ : يخْتَصُّ المَوالِىَ مِن فَوْقَ . وهم مُعْتِقُوه . واخْتارَ الحارِثِىُّ ، أنَّه للعَتِيقِ ، قال : لأنَّ العادَةَ جارِيَةٌ بإحْسانِ المُعْتِقِين إلى العُتَقاءِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو عَدِمَ المَوالِىَ ، كان لمَوالِى العَصَبَةِ . قدَّمه فى « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال الشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ : يكونُ لمَوالِى أبِيه . واقْتَصرَ عليه الشَّارِحُ . وقيل : لعَصَبَةِ مَوالِيه . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وقيل : لوارِثِه بوَلاءٍ . وقيل : كمُنْقطِعِ الآخِرِ . قطَع به فى « الرِّعايَةِ » ، بعدَ

---

(١) فى م : « كذلك » .

الشرح الكبير

مِن أسْفَلَ . ولأصْحابِ الشافعيِّ أربعةُ أوْجُهٍ ، كقَوْلِنا ، وكقَوْلِ أصْحابِ الرأيِ ، والثالثُ ، هو للمَوالِي مِن فَوْقَ ؛ لأنَّهم أقْوَى ، لكونِهم عَصَبَتَه ويَرِثُونَه ، بخِلافِ عُتقَائِه . وهو قولُ ابنِ حامدٍ . والرابعُ ، يَقِفُ الأمْرُ حتى يَصْطَلِحُوا . ولَنا ، أنَّ الاسْمَ يَتناوَلُ الجميعَ ، فدَخَلُوا فيه ، كما لو وَقَف على إخْوَتِه . وقَوْلُهم : إنَّها لغيرِ مُعَيَّنٍ . غيرُ صَحِيحٍ ، فإنَّ [٥/٢٣١و] التَّعْمِيمَ يَحْصُلُ مع التَّعْيِينِ ، ولذلك لو حَلَف : لا كَلَّمْتُ مَوْلاىَ . حَنِث بكلامِ أيِّهم كان . وقوْلُهم : إنَّ المَوْلَى مِن فَوْقَ أقْوَى . قُلْنا : مع شُمُولِ الاسْمِ لهم يَدْخُلُ فيه الأقْوَى والأضْعَفُ ، كإخْوَتِه ، ولا يَدْخُلُ فيه وَلَدُ العَمِّ ، ولا المَساكِينُ ، ولا الحَلِيفُ ، ولا غيرُ مَن ذَكَرْنا ؛ لأنَّ الاسْمَ إن تَناوَلَهم حَقِيقَةً ، لم يَتَناوَلْهم عُرْفًا ، والأسْماءُ العُرْفِيَّةُ تُقَدَّمُ على الحَقِيقةِ . ولا يَسْتَحِقُّ مَوْلَى ابْنِه(١) مع وُجُودِ مَوالِيه . وقال زُفَرُ : يَسْتَحِقُّ . ولَنا ، أنَّ مَوْلَى ابْنِه(١) ليس بمَوْلًى له حَقِيقةً إذا كان له مَوْلًى سِواه ، فإن لم يَكُنْ له مَوْلًى ، فقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : إذا وَصَّى لمَوالِيه وليس له مَوْلًى ، فهو لمَوْلَى أبِيه(١) . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : لا شيءَ له ؛ لأنَّه ليس

الإنصاف

عَصَبَةِ المَوالِي . وأطْلَقَ الثَّلاثَةَ الأخِيرةَ فى « الفُروعِ » . الثَّانيةُ ، لا شيءَ لمَوالِي عَصَبَتِه ، إلَّا مع عَدَمِ مَوالِيه . قالَه فى « الفُروعِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لو كان له مَوالِي أبٍ حينَ الوَقْفِ ، ثم انْقَرَضَ مَوالِيه ، لم يكُنْ لمَوالِي الأبِ شيءٌ .

(١) فى م : « الله » .

الشرح الكبير

بمَوْلًى . واحْتَجَّ الشَّرِيفُ بأنَّ الاسْمَ يَتناوَلُهم مَجازًا ، فإذا تعذَّرَتِ الحَقِيقةُ ، وَجَب صَرْفُ الاسْمِ إلى المَجازِ والعَمَلِ به ، تَصْحِيحًا لكَلامِ المُكَلَّفِ عندَ إمْكانِ تَصْحِيحِه ، ولأنَّ الظاهِرَ إرادَتُه المَجازَ ؛ لكَوْنِه مَحْملًا صَحِيحًا ، وإرادَةُ الصَّحِيحِ أغْلَبُ مِن إرادَةِ الفاسِدِ . فإن كان له مَوالِى أبٍ حينَ الوَقْفِ ، ثم انْقَرضَ مَوالِيه ، لم يَكُنْ لمَوالِى الأبِ على مُقْتَضَى ما ذكَرْناه ؛ لأنَّ الاسْمَ يَتناوَلُ غيرَهم ، فلا يَعُودُ إليهم إلَّا بعَقْدٍ ، ولم يُوجَدْ . ولا يُشْبِهُ هذا قَوْلَه : أوْصَيْتُ لأقْرَبِ الناسِ إلَىَّ . وله ابْنٌ

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، العُلَماءُ ؛ هم حَمَلةُ الشَّرْعِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَمَ به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وقيل : مِن تَفْسيرٍ ، وحَديثٍ ، وفِقْهٍ ، ولو كانُوا أغْنِياءَ ، على القَوْلَين . لكِنْ هل يخْتَصُّ به مَن كان يَصِلُه ؟ حُكْمُه حُكمُ قرابَتِه . على ما تقدَّم . الثَّانيةُ ، أهْلُ الحديثِ ؛ مَنْ عرَفَه . وذكَر ابنُ رَزِينٍ أنَّ الفُقَهاءَ والمُتَفَقِّهَةَ كالعُلَماءِ ، ولو حَفِظَ أرْبَعِين حديثًا ، لا بمُجَرَّدِ السَّماعِ . فالقُرَّاءُ الآنَ حُفَّاظُه ، وفى الصَّدْرِ الأوَّلِ هم الفُقَهاءُ . الثَّالثةُ ، الصَّبِىُّ والغُلامُ ؛ مَن لم يبْلُغْ ، وكذا اليَتِيمُ ؛ مَن لم يبْلُغْ ، وهو بلا أبٍ . ولو جُهِلَ بَقاءُ أبِيه ، فالأصْلُ بَقاؤُه فى ظاهِرِ كلامِ الأصحابِ . قالَه فى « الفُروعِ » . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يُعْطَى مَن ليس له أبٌ يُعْرَفُ ببِلادِ الإسْلامِ . قال : ولا يُعْطَى كافرٌ . قال فى « الفُروعِ » : فدَلَّ أنَّه لا يُعْطَى مِن وَقْفٍ عامٍّ . وهو ظاهِرُ كلامِهم فى مَواضِعَ . قال : ويتَوَجَّهُ وَجْهٌ . وليس وَلَدُ الزِّنا يَتِيمًا ؛ لأنَّ اليُتْمَ انْكِسارٌ يدْخُلُ على القَلْبِ بفَقْدِ الأبِ . قال الإمامُ أحمدُ فى مَن بلَغ : خرَج

الشرح الكبير

وابنُ ابْنٍ ، فماتَ الابْنُ ، حيث يَسْتَحِقُّ ابنُ الابْنِ ، وإن كان لا يَسْتَحِقُّ فى حَياةِ الابْنِ شيئًا ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ ههُنا لمَوْصُوفٍ وُجِدَتِ الصِّفَةُ فى ابْنِ الابْنِ ، كوُجُودِها فى الابْنِ حَقِيقَةً ، وفى المَوالِى[1] يَقَعُ الاسْمُ على مَوْلَى نَفْسِه حَقِيقةً ، وعلى مَوْلَى أبيه[2] مَجازًا ، فمع وُجُودِهما جميعًا لا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إلَّا على الحَقِيقَةِ ، وهذه الصِّفَةُ . لا تُوجَدُ فى مَوْالِى[3] أبيه[2] .

الإنصاف

عن حَدِّ اليُتْمِ . الرَّابعةُ ، الشَّابُّ ، والفَتَى ؛ هما مِنَ البُلوغِ إلى الثَّلاثِين . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : إلى خَمْسٍ وثَلاثِين . والكَهْلُ ؛ مِن حدِّ الشَّبابِ إلى خَمْسِين . والشَّيْخُ منها إلى السَّبْعِين . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقال فى « الكافِى » : إلى آخِرِ العُمْرِ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، فإنَّهم قالوا : ثم الشَّيْخُ بعدَ الخَمْسِين . قال الحارِثِىُّ : ولا يزالُ كَهْلًا حتى يبْلُغَ خَمْسِين سَنَةً ، ثم هو شيْخٌ حتى يموتَ . واقْتَصَرَ عليه . فعلى المذهبِ ، يكونُ الهَرِمُ منها إلى المَوْتِ . الخامسةُ ، أبْوابُ البِرِّ ؛ وهى القُرَبُ كلُّها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وأفْضَلُها الغَزْوُ ، ويُبْدَأُ به . نصَّ عليه . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ، يُبْدَأُ بما تقدَّم فى أفْضَلِ الأعْمالِ . يعْنِى ، الذى تقدَّم فى أوَّلِ صَلاةِ التَّطَوُّعِ . ويأْتِى فى بابِ المُوصَى له ، إذا أوْصَى فى أبْوابِ البِرِّ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ ، والكَلامُ عليه [٢/٢٥٢و] مُسْتَوْفًى . السَّادسةُ ، لو وقَف على

---

(١) فى م : « المولى » .
(٢) فى م : « الله » .
(٣) فى م : « مولى » .

الإنصاف سَبيلِ الخَيْرِ ، اسْتَحَقَّ مَن أخذ مِنَ الزَّكاةِ . ذكَرَه فى « المُجَرَّدِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال أبو الوَفاءِ : يعُمُّ ، فيَدْخُلُ فيه الغارِمُ ؛ للإِصْلاحِ . قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : ويجوزُ لغَنِىٍّ قَريبٍ . السَّابعةُ ، جَمْعُ المُذَكَّرِ السَّالمِ وضَمِيرُه يشْمَلُ الأُنْثَى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يشْمَلُها ، كعَكْسِه لا يشْمَلُ الذَّكَرَ . الثَّامنةُ ، الأشْرافُ ؛ وهم أهْلُ بَيْتِ النَّبِىِّ ، ﷺ . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وأهْلُ العِراقِ كانُوا لا يُسَمُّون شَرِيفًا إلَّا مَن كان مِن بَنِى العَبَّاسِ ، وكثيرٌ مِن أهْلِ الشَّامِ وغيرِهم لا يُسَمُّونه إلَّا إذا كان عَلَوِيًّا . قال : ولم يُعَلِّقْ عليه الشَّارِعُ حُكْمًا فى الكِتابِ والسُّنَّةِ لِيُتَلَقَّى حَدُّه مِن جِهَتِه . والشَّرِيفُ فى اللُّغَةِ خِلافُ الوَضِيعِ والضَّعيفِ ؛ وهو الرِّياسَةُ والسُّلطانُ . ولمَّا كان أهْلُ بَيْتِ النَّبِىِّ ، ﷺ ، أحقَّ البُيوتِ بالتَّشْريفِ ، صارَ مَن كان مِن أهْلِ البَيْتِ شَرِيفًا . التَّاسعةُ ، لو وقَف على بَنِى هاشِمٍ ، أو وصَّى لهم ، لم تدْخُلْ مَوالِيهم . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وحَنْبَلٍ . قال القاضى فى « الخِلافِ » : لأنَّ الوَصِيَّةَ يُعْتَبرُ فيها لَفْظُ المُوصِى ، ولَفْظُ صاحِبِ « الشَّرِيعَةِ » يُعْتَبَرُ فيه المَعْنَى . ولهذا ، لو حلَف : لا أكَلْتُ سُكَّرًا ؛ لأنَّه حُلْوٌ . لم يعُمَّ غيرَه مِنَ الحَلاواتِ . وكذلك لو قال : عَبْدِى حُرٌّ ؛ لأنَّه أسْوَدُ . لم يعْتَقْ غيرُه مِنَ العَبِيدِ . ولو قال اللهُ : حرَّمْتُ المُسْكِرَ ؛ لأنَّه حُلْوٌ . عمَّ جميعَ الحَلاواتِ . وكذلك إذا قال : أعْتِقْ عبْدَك ؛ لأنَّه أسْوَدُ . عمَّ . انتهى . وقد تقدَّم فى آخِرِ إخْراجِ الزَّكاةِ ، أنَّه لا يجوزُ أخْذُها لمَوالِى بَنِى هاشِمٍ ، والظَّاهِرُ أنَّ العِلَّةَ ماقالَه القاضى هنا .

المقنع وَإِذَا وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمْكِنُ حَصْرُهُمْ وَاسْتِيعَابُهُمْ ، وَجَبَ تَعْمِيمُهُمْ وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ، ....

الشرح الكبير **٢٥٩٥** – مسألة : (وإن وَقَف على جَماعةٍ يُمْكِنُ حَصْرُهم واسْتِيعابُهم ، وَجَب تَعْمِيمُهم والتَّسْوِيةُ بينَهم) لأنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِى ذلك ، وقد أمْكَنَ الوَفاءُ به ، فوَجَب العَمَلُ بمُقْتَضَاه ، كقَوْلِه سُبْحانه : ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾(١) . فإنَّه يَجِبُ تَعْمِيمُ الإخْوَةِ مِن الأُمِّ والتَّسْوِيَةُ بينَهم ، ولأنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ ، أشْبَهَ ما لو أقَرَّ لهم .

الإنصاف قوله : وإنْ وقَف على جَماعَةٍ يُمكِنُ حَصْرُهم واسْتِيعابُهم ، وجَب تَعْمِيمُهم والتَّسْوِيَةُ بينَهم . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقَطَعُوا به . وقال فى « الفائقِ » : ويَحْتَمِلُ جوازَ المُفاضَلَةِ فيما يُقْصَدُ فيه تَمْييزٌ ، كالوَقْفِ على الفُقَهاءِ . قلتُ : وهذا أقْرَبُ إلى الصَّوابِ . وعنه ، إنْ وصَّى فى سِكَّتِه ؛ وهم أهْلُ دَرْبِه ، جازَ التَّفْضِيلُ لحاجَةٍ . قال الحارِثِىُّ : والأوْلَى جوازُ التَّفْضيلِ للحاجَةِ ، فيما قُصِدَ به سدُّ الخَلَّةِ ، كالمَوْقوفِ على فُقَراءِ أهْلِه . انتهى . قال ابنُ عَقِيلٍ : وقِياسُه الاكْتِفاءُ بواحِدٍ . وعنه ، فى مَن أوْصَى فى فُقَراءِ مَكَّةَ ، يُنْظَرُ أحْوَجُهم . وتقدَّم كلامُ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ إذا وَقَف على مُدَرِّسٍ وفُقَهاءَ ؛ هل يُسَوَّى بينَهم ، أو يَتَفاضَلُون ؟ فى أحْكامِ النَّاظِرِ .

تنبيه : الذى يظْهَرُ أنَّ محَلَّ هذا ، إذا لم يكُنْ قرِينَةٌ ، فإنْ كان قَرِينَةٌ ، جازَ التَّفاضُلُ ، بلا نِزاعٍ . ولها نَظائرُ تقدَّم حُكْمُها .

---

(١) سورة النساء ١٢ .

المقنع وَإِلَّا جَازَ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ،وَالِاقْتِصَارُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يُجْزِئَهُ أَقَلُّ مِنْ ثَلَاثَةٍ .

الشرح الكبير **٢٥٩٦** – مسألة : فإن لم يُمْكِنْ حَصْرُهم ؛ كالمَساكِين ، والقَبِيلَةِ الكَثِيرةِ ؛ كبَنِى هاشِمٍ ، وبَنِى تَمِيمٍ ، صَحَّ الوَقْفُ عليهم . وكذلك يَصِحُّ الوَقْفُ على المسلمِين كلِّهم ، وعلى أهْلِ إقْليمٍ ومَدِينةٍ ، كالشّامِ ، ودِمَشْقَ . ويجوزُ للرجلِ أن يَقِفَ على عَشِيرَتِه ، وأهْلِ مَدِينَتِه . وقال الشافعيُّ ، فى أحَدِ قَوْلَيْه : [٥/٢٣١ظ] لا يَصِحُّ الوَقْفُ على مَن لا يُمْكِنُ اسْتِيعابُهم وحَصْرُهم ، فى غيرِ المَساكِين ونحوِهم ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى حَقِّ الآدَمِىِّ ، فلم يَصِحَّ مع الجَهالةِ ، كما لو قال : وَقَفْتُ على قَوْمٍ . ولَنا ، أنَّ مَن صَحَّ الوَقْفُ عليهم إذا كانوا مَحْصُورِين ، صَحَّ وإن لم يُحْصَوْا ، كالفُقَراءِ ، وقِياسُهم يَبْطُلُ بالوَقْفِ على المَساكِين .

الإنصاف **فائدة** : لو كان الوَقْفُ فى ابْتِدائِه على مَن يُمْكِنُ اسْتِيعابُه ، فصارَ ممَّا لا يُمْكِنُ اسْتِيعابُه ؛ كوَقْفِ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، على وَلَدِه ونَسْلِه ، فإنَّه يجبُ تَعْمِيمُ مَن أمْكَنَ منهم ، والتَّسْوِيَةُ بينَهم . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما .

قوله : وإلَّا جازَ تَفْضِيلُ بعضِهم على بعضٍ ، والاقْتِصارُ على واحِدٍ منهم . يعْنِى ، إذا لم يُمْكِنْ حصْرُهم واسْتِيعابُهم ؛ كما لو وقَف على أصنافِ الزَّكاةِ ، أو على الفُقَراءِ والمَساكِينِ ، ونحوِ ذلك ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جوازُ الاقْتِصارِ على واحِدٍ ، كما جزَم به المُصَنِّفُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . ويَحْتَمِلُ ألَّا يُجْزِئَه أقَلُّ مِن ثلاثةٍ . وهو وَجْهٌ فى « الهِدايَةِ » وغيرِها ؛ بِناءً على قوْلِنا فى الزَّكاةِ . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » . وقيل : فى إجْزاءِ الواحدِ رِوايَتان .

الشرح الكبير

فصل : ولا يَجِبُ تَعْمِيمُهم إجْماعًا ؛ لأنَّه غيرُ مُمْكِنٍ . ويَجُوزُ تَفْضِيلُ بعضِهم على بعضٍ ؛ لأنَّ مَن جاز حِرْمانُه جاز تَفْضِيلُ غيرِه عليه . ويجوزُ الاقْتِصارُ على واحدٍ منهم . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْزِئَه أقَلُّ مِن ثَلاثةٍ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ . ووَجْهُ القَوْلَيْنِ (١) قد ذُكِر في الزكاةِ ، والأوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ .

فصل : فإن كان الوَقْفُ فى ابْتِدائِه على مَن يُمْكِنُ اسْتِيعابُه ، فصار ممّا لا يُمْكِنُ اسْتِيعابُه ، كرجلٍ وَقَف على وَلَدِه ووَلَدِ وَلَدِه ، وعَقِبِه ونَسْلِه ، فصارُوا قَبِيلةً كَثِيرةً تَخْرُجُ عن الحَصْرِ ، مثلَ وَقْفِ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، على وَلَدِه ونَسْلِه ، فإنَّه يَجِبُ تَعْمِيمُ مَن أمْكَنَ منهم ، والتَّسْوِيَةُ بينَهم ؛ لأنَّ التَّعْمِيمَ كان واجِبًا ، وكذلك التَّسْوِيَةُ ، فإذا تَعذَّرَ ، وَجَب منه ما أمْكَنَ ، كالواجِبِ الذى يَعْجِزُ عن بعضِه ؛ ولأنَّ الواقِفَ هـٰهُنا أرادَ التَّعْمِيمَ والتَّسْوِيَةَ ، لإمْكانِه وصَلاحِ لَفْظِه لذلك ، فيَجِبُ العَمَلُ بما أمْكَنَ ، بخِلافِ ما إذا كانُوا حالَ الوَقْفِ ممَّن لا يُمْكِنُ ذلك فيهم .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو وقَف على أصنافِ الزَّكاةِ ، أو على الفُقَراءِ والمَساكِينِ ، جازَ الاقْتِصارُ على صِنْفٍ منهم . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، ذكَرَه فى الوَصِيَّةِ ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى غيرِ المَسْأَلَةِ الثَّانيةِ . وقالا فى الثَّانيةِ : لابُدَّ مِنَ الصَّرْفِ إلى الفريقَيْن كِلَيْهما (٢) . قال الحارِثِىُّ : قِياسُ المذهبِ عندَ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، جوازُ الاقْتِصارِ على أحَدِ

(١) فى م : « القول » .

(٢) فى ط : « كالزكاة » .

المقنع

فَإِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ الزَّكَاةِ ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَكْثَرُ مِنَ الْقَدْرِ الَّذِى يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى صِنْفٍ مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ .

الشرح الكبير

٢٥٩٧ - مسألة : ولا يُعْطَى كلُّ واحدٍ أكْثَرُ مِن القَدْرِ الذى يُعْطَى مِن الزكاةِ . يَعْنِى (إذا كان الوَقْفُ على صِنْفٍ مِن أصْنافِ الزكاةِ) وجملةُ

الإنصاف

الصِّنْفَين ؛ مِنَ الفُقَراءِ والمَساكِينِ . وقطَع به فى « التَّلْخيصِ » . وعندَ المُصَنِّفِ ، يجبُ الجَمْعُ ، وحُكِىَ عنِ القاضِى . وقيل : لايُجْزِئُ الاقْتِصارُ على صِنْفٍ ؛ بناءً على الزَّكاةِ . قال القاضى فى « الخِلافِ » : هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ . وقيل : لكُلِّ صِنْفٍ منهم الثُّمنُ . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . الثَّانيةُ ، لو وَقَف على الفُقَراءِ فقط ، أو على المَساكِينِ فقط ، جازَ إعْطاءُ الصِّنْفِ الآخَرِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لايجوزُ . ذكَرَه القاضِى . ويأْتِى ذلك أيضًا فى بابِ المُوْصَى له . ولو افْتَقَرَ الواقِفُ ، اسْتَحَقَّ مِنَ الوَقْفِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : شَمِلَه فى الأصحِّ . قال فى « القواعِدِ » : نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ . وقيل : لايشْمَلُه ، فلا يسْتَحِقُّ شيئًا منه . وتقدَّم ذلك فى أوَّلِ البابِ ، قُبَيْلَ قوْلِه : الثَّالِثُ ، أنْ يَقِفَ على مُعَيَّنٍ يُمْلَكُ .

قوله : ولا [٢٥٢/٢ظ] يُدْفَعُ إلى واحِدٍ أكْثَرُ مِنَ القَدْرِ الَّذِى يُدْفَعُ إليه مِنَ الزَّكاةِ ، إذا كان الوَقْفُ على صِنْفٍ مِن أصنافِ الزَّكاةِ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، زِيادَةَ المِسْكِينِ والفَقيرِ على خَمْسِين دِرْهَمًا . وإنْ منَعْناه منها فى الزَّكاةِ .

الشرح الكبير

ذلك ، أنَّ مَن وَقَف على سَبيلِ اللهِ ، أو ابنِ السَّبيلِ ، أو الرِّقابِ ، أو الغارِمين ، فهم الذين يَسْتَحِقُّون السَّهْمَ مِن الصَّدَقاتِ ، لا يَدْخُلُ معهم غيرُهم ؛ لأنَّ المُطْلَقَ مِن كلامِ الآدَمِيِّين يُحْمَلُ على المَعْهُودِ فى الشَّرْعِ ، فيُنْظَرُ ؛ مَن كان يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ مِن الصَّدَقاتِ ، فالوَقْفُ مَصْرُوفٌ إليه ، وقد مَضَى شَرْحُ ذلك فى الزكاةِ . فإن وَقَف على الأصْنافِ الثَّمانيةِ الذين يَأْخُذون الصَّدَقاتِ ، صُرِف إليهم ، ويُعْطَى كلُّ واحدٍ منهم مِن الوَقْفِ مثلَ القَدْرِ الذى يُعْطَى مِن الزكاةِ ، لا يُزادُ عليه ، وقد ذَكَرْنا ذلك . وقد اخْتُلِفَ فى القَدْرِ الذى يَحْصُلُ به الغِنَى ، فقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ علىِّ بنِ سعيدٍ ، فى الرجلِ يُعْطَى مِن الوَقْفِ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، فقال : إن كان الواقِفُ ذَكَر فى كِتابه المَساكِينَ ، فهو مِثلُ الزكاةِ ، وإن كان مُتَطَوِّعًا ، أعْطَى مَن شاء وكيف شاء . فقد نَصَّ على [٢٣٢/٥و] إلْحاقِه بالزكاةِ ، فيكونُ الخِلافُ فيه كالخِلافِ فى الزكاةِ . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، زِيادَةَ المِسْكِينِ على خَمْسِينَ دِرْهمًا ؛ لأنَّ لَفْظَ أحمدَ لا تَقْيِيدَ فيه . قال أبو الخَطّابِ : وفى المَسْألةِ وَجْهان وجهُهما ما سَبَقَ .

فصل : فإن وَقَف على الأصْنافِ كلِّها ، أو على صِنْفَيْن أو أكْثَرَ ، فهل يجوزُ الاقْتِصارُ على صِنْفٍ واحدٍ ، أو يَجِبُ إعْطاءُ بعضِ كلِّ صِنْفٍ ؟ فيه وَجْهان ، بِناءً على الزكاةِ .

الإنصاف ....

المقنع

وَالْوَصِيَّةُ كَالْوَقْفِ فِى هَذَا الْفَصْلِ .

فَصْلٌ : وَالْوَقْفُ عَقْدٌ لَازِمٌ ، لَا يَجُوزُ فَسْخُهُ بِإِقَالَةٍ وَلَا غَيْرِهَا .

الشرح الكبير

٢٥٩٨ – مسألة : (والوَصِيَّةُ كالوَقْفِ فى هذا التَّفْصِيلِ) لأنَّ مَبْناها على لَفْظِ المُوصِى ، أشْبَهتِ الوَقْفَ .

فصل : (والوَقْفُ عَقْدٌ لازِمٌ ، لا يجوزُ فَسْخُه بإقالةٍ ولا غيرِها) ويَلْزَمُ بمُجَرَّدِ القَوْلِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ البَيْعَ والهِبَةَ والمِيراثَ ، فلَزِمَ بمُجَرَّدِهِ ، كالعِتْقِ . وعنه : لا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ وإخْراجِ الوَقْفِ عن يَدِه . اخْتارَه ابنُ أبى موسى . كالهِبَةِ . والصَّحِيحُ الأوّلُ ، وقد ذَكَرْناه . وذَهَب أبو حنيفةَ إلى أنَّ الوَقْفَ لا يَلْزَمُ بمُجَرَّدِه ، وللواقِفِ الرُّجُوعُ فيه إلَّا أن يُوصِىَ به بعدَ مَوْتِه ، فيَلْزَمُ ، أو يَحْكُمَ بلُزُومِه حاكِمٌ . وحكاه بعضُهم عن علىٍّ ،

الإنصاف

قوله : والوَصِيَّةُ كالوَقْفِ فى هذا الفَصْلِ . هذا صحيحٌ ، لكنَّ الوَصِيَّةَ أعَمُّ مِنَ الوَقْفِ ، على ما يأْتِى . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، فيما إذا وقَف على أقْرَبِ قَرابَتِه ، اسْتِواءَ الأخِ مِنَ الأبِ ، والأخِ مِنَ الأبوَين . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ العِشْرين بعدَ المِائَةِ » . وذكَر فى « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والخَمْسِين بعدَ المِائَةِ » ، أنَّ الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ اخْتارَ ، فيما إذا وقَف على وَلَدِه ، دُخولَ وَلَدِ الوَلَدِ فى الوَقْفِ دُونَ الوَصِيَّةِ ، وفرَّقَ بينَهما . وتقدَّم كلامُ ناظمِ المُفْرَداتِ ، إذا أَوْصَى لقَرابَتِه .

قوله : والوَقْفُ عَقْدٌ لازمٌ ، لا يجوزُ فَسْخُه بإقالَةٍ ولا غيرِها . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : إذا وقَف فى صِحَّتِه ، ثم ظهَر عليه دَيْنٌ ، فهل يُباعُ لوَفاءِ الدَّيْنِ ؟ فيه خِلافٌ فى مذهبِ أحمدَ وغيرِه ، ومَنْعُه قَوِىٌّ . قال جامعُ « اخْتِياراتِه » : وظاهِرُ كلامِ أبى العَبَّاسِ ، ولو كان الدَّيْنُ حادِثًا بعدَ

الشرح الكبير

وابنِ مَسْعُودٍ ، وابنِ عَبّاسٍ . وخالَفَ أبا حنيفةَ صاحِبَاه ، فقالا كقَوْلِ سائرِ أَهْلِ العِلْمِ . واحْتَجَّ بعضُهم بما رُوِىَ أنَّ عبدَ اللهِ بنَ زيدٍ ، صاحِبَ الأذَانِ ، جَعَلَ حائِطَه صَدَقةً ، وجَعَلَه إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فجاء أبَواه إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقالا : يا رسولَ اللهِ ، لم يَكُنْ لنا عَيْشٌ إلَّا هذا الحائِطَ . فرَدَّه رسولُ اللهِ ﷺ ، ثم ماتا فورِثَهما . رَواه المَحَامِلِىُّ[1] فى « أماليه »[2] . ولأنَّه إخْراجُ مالِه على وَجْهِ القُرْبَةِ مِن مِلْكِه ، فلا يَلْزَمُ بمُجَرَّدِ القَوْلِ ، كالصَّدَقةِ . قُلْنا : هذا القَوْلُ يُخالِفُ السُّنَّةَ الثابتَةَ عن رسولِ اللهِ ﷺ ، وإجماعَ الصَّحابةِ رَضِىَ اللهُ عنهم ، فإنَّ النبىَّ ﷺ قال لعُمَرَ فى وَقْفِه : « لَا يُبَاعُ أَصْلُها ، وَلا يُبْتَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ »[3] . قال التِّرْمِذِىُّ : العَمَلُ على هذا الحَديثِ عندَ أَهْلِ العِلْمِ مِن أصحابِ النبىِّ ﷺ وغيرِهم ، لا نَعْلَمُ بينَ المُتَقَدِّمِين منهم فى ذلك

الإنصاف

المَوْتِ . انتهى . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وليس هذا بأَبْلَغَ مِنَ التَّدْبيرِ ، وقد ثبَت أنَّه ، عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ ، باعَه فى الدَّيْنِ . وتقدَّم إذا وقَفَه بعدَ مَوْتِه ، وصحَّحْناه ؛ هل يقَعُ لازِمًا ، فلا يجوزُ بَيْعُه ، أو لا يقعُ لازِمًا ، [4]ويجوزُ[4] بَيْعُه ؟ فليُعاوَدْ .

---

(١) أبو عبد الله الحسين بن إسماعيل بن محمد الضبى المحاملى القاضى الفقيه ، صاحب « الأمالى » المتوفى سنة ثلاثين وثلاثمائة . تاريخ التراث العربى ٣٥٧/١/١ .

(٢) وأخرجه النسائى ، فى : ميراث الولد للوالد المنفرد ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٦٦/٤ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٦٢ .

(٤ - ٤) فى ط : « أو يجوز » .

الشرح الكبير

اخْتِلافًا . قال الحُمَيْدِىُّ : تَصَدَّقَ أبو بكرٍ بدارِه على وَلَدِه ، وعُمَرُ برَبْعِه عندَ المَرْوةِ على وَلَدِه ، وعُثمانُ برُومَةَ[1] ، وتَصَدَّقَ علىٌّ بأرْضِه بيَنْبُعَ ، وتَصَدَّقَ الزُّبَيْرُ بدارِه بمَكَّةَ ودارِه بمِصْرَ وأمْوالِه بالمَدِينةِ على وَلَدِه ، وتَصَدَّقَ سَعْدٌ بدارِه بالمَدِينةِ ودارِه بمِصْرَ على وَلَدِه ، وعَمْرُو بنُ العاصِ بالوَهْطِ[2] ودارِه بمَكَّةَ [٥/٢٣٢ظ] على وَلَدِه ، وحَكِيمُ بنُ حِزامٍ بدارِه بمَكَّةَ والمَدِينةِ على وَلَدِه ، فذلك كلُّه إلى اليَوْمِ[3] . وقال جابرٌ : لم يكُنْ أحدٌ مِن أصْحابِ رسولِ اللهِ ﷺ له مَقْدِرَةٌ إلَّا وَقَف . وهذا إجْماعٌ منهم ، فإنَّ الذى قَدَر على الوَقْفِ منهم وَقَف ، واشْتَهَرَ ذلك ، فلم يُنْكِرْه أحَدٌ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ يَلْزَمُ بالوَصِيَّةِ ، فإذا نَجَزَه فى حالِ الحَياةِ لَزِم مِن غيرِ حُكْمٍ ، كالعِتْقِ . وحَدِيثُ عبدِ اللهِ بنِ زَيْدٍ إن ثَبَت

الإنصاف

فائدة : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ الوَقْفَ يلزَمُ[4] بمُجَرَّدِ القَوْلِ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وعنه ، لا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ ، وإخْراجِ الوَقْفِ عن يَدِه . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبِى مُوسى ، والحارِثِىُّ . وتقدَّم الكلامُ على ذلك ، عندَ قَوْلِ المُصَنِّفِ : ولا يُشْتَرَطُ إخْراجُ الوَقْفِ عن يَدِه ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . فلْيُعاوَدْ .

---

(١) أى بئر رومة بالمدينة .
(٢) الوهط : مال كان لعمرو بن العاص بالطائف .
(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب الصدقات المحرمات ، من كتاب الوقف . السنن الكبرى ٦/١٦١ .
(٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِلَّا أَنْ تَتَعَطَّلَ مَنَافِعُهُ ، فَيُبَاعُ وَيُصْرَفُ ثَمَنُهُ فِي مِثْلِهِ . وَكَذَلِكَ الْفَرَسُ الْحَبِيسُ إِذَا لَمْ يَصْلُحْ لِلْغَزْوِ ، بِيعَ وَاشْتُرِيَ بِثَمَنِهِ مَا يَصْلُحُ لِلْجِهَادِ . وَكَذَلِكَ الْمَسْجِدُ إِذَا لَمْ يُنْتَفَعْ بِهِ فِي مَوْضِعِهِ ، وَعَنْهُ ، لَا تُبَاعُ الْمَسَاجِدُ لَكِنْ تُنْقَلُ آلَتُهَا إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ .

الشرح الكبير

فليس فيه ذِكْرُ الوَقْفِ ، والظاهِرُ أنَّه جعَلَه صَدَقةً غيرَ مَوْقُوفٍ ، اسْتَنابَ فيها رسولَ اللهِ ﷺ ، فرأى والِدَيْه أحَقَّ الناسِ بصَرْفِها إليهما ، ولهذا لم يَرُدَّها إليه ، إنَّما دَفَعَها إليهما . ويَحْتَمِلُ أنَّ الحائطَ كان لهما ، وكان هو يَتَصَرَّفُ فيه بحُكْمِ النِّيابةِ عنهما ، فتَصَرَّفَ بهذا التَّصَرُّفِ بغيرِ إذْنِهما ، فلم يُنَفِّذاه ، وأتَيا النبيَّ ﷺ فرَدَّه إليهما . والقِياسُ على الصَّدَقةِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها تَلْزَمُ في الحَياةِ بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ ، وإنَّما يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، والوَقْفُ لا يَفْتَقِرُ إليه ، فافْتَرَقا .

٢٥٩٩ – مسألة : (ولا يجوزُ بَيْعُه إلَّا أن تَتعطَّلَ مَنافِعُه ، فيُباعُ ويُصْرَفُ ثَمَنُه في مِثْلِه . وكذلك الفَرَسُ الحَبِيسُ إذا لم يَصْلُحْ للغَزْوِ ، بِيعَ واشْتُرِيَ بثَمَنِه ما يَصْلُحُ للجِهادِ . وكذلك المَسْجِدُ إذا لم يُنْتَفَعْ به في مَوْضِعِه . وعنه ، لا تُباعُ المَساجِدُ لكن تُنْقَلُ آلَتُها إلى مَسْجِدٍ آخَرَ) وجملةُ ذلك ، أنَّه لا يجوزُ بَيْعُ الوَقْفِ ولا هِبَتُه ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ في حَديثِ عُمَرَ :

الإنصاف

قوله : ولا يجوزُ بَيْعُه إلَّا أنْ تتعطَّلَ مَنافِعُه ، فيُباعُ ، ويُصْرَفُ ثَمَنُه في مثلِه . وكذلك الفَرَسُ الحَبِيسُ ، إذا لم يصْلُحْ للغزْوِ ، بِيعَ واشْتُرِيَ بثَمَنِه ما يصْلُحُ للجِهادِ ، وكذلك المَسْجِدُ إذا لم يُنْتَفَعْ به في مَوْضِعِه . وعنه ، لا تُباعُ المَساجِدُ ، لكِنْ تُنْقَلُ آلَتُها إلى

الشرح الكبير

« غَيْرَ أنّه لا يُبَاعُ أَصْلُها ولا يُبْتاعُ ، وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ »(١) . فإن تعطَّلَتْ مَنافِعُه بالكُلِّيَّةِ ؛ كدارٍ انْهَدَمَتْ ، أو أرْضٍ خَرِبَتْ وعادَتْ مَواتًا لا يمكنُ عِمارَتُها ، أو مَسْجِدٍ انْتقل أهْلُ القَرْيةِ عنه ، وصار فى مَوْضعٍ لا يُصَلَّى فيه ، أو ضاق بأهْلِه ولم يُمْكِنْ تَوْسِيعُه فى مَوْضِعِه ، فإن أمْكَنَ بَيْعُ بعضِه لِيُعَمَّرَ به بَقِيَّته ، جاز بَيْعُ البَعْضِ . وإن لم يُمْكِنْ الانْتِفاعُ بشىءٍ منه ، بِيعَ جَمِيعُه . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ أبى دَاوُدَ : إذا كان فى المَسْجدِ خَشَبتان لهما قِيمَةٌ ، جاز بَيْعُهما وصَرْفُ ثَمَنِهما عليه . وقال فى رِوايةِ صالحٍ : يُحَوَّلُ المَسْجِدُ خَوْفًا مِن اللُّصُوصِ ، وإذا كان مَوْضِعُه قَذِرًا . قال القاضى : يَعْنِى إذا كان ذلك يَمْنَعُ الصَّلاةَ فيه . ونَصَّ على جَوازِ بَيْعِ عَرْصَتِه فى رِوايةِ [٢٣٣/٥و] عبدِ اللهِ ، وتكونُ الشَّهادَةُ فى ذلك على الإمامِ . قال أبو بكرٍ : وقد رَوَى علىُّ بنُ سعيدٍ ، أنَّ المَساجِدَ لا تُباعُ ، وإنَّما تُنْقَلُ آلَتُها . قال : وبالقَوْلِ الأوَّلِ أقُولُ ؛ لإجْماعِهم على جَوازِ(٢) بَيْعِ الفَرَسِ الحَبِيسِ - يَعْنِى المَوْقُوفةَ على الغَزْوِ - إذا كَبِرَتْ فلم تَصْلُحْ

الإنصاف

مَسْجِدٍ آخَرَ . ويجوزُ بَيْعُ بعضِ آلَتِه وصَرْفُها فى عِمارتِه . اعْلَمْ أنَّ الوَقْفَ لا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ تتَعَطَّلَ منافِعُه ، أو لا ، فإن لم تتَعطَّلْ منافِعُه ، لم يَجُزْ بَيْعُه ، ولا المُناقَلَةُ به مُطلَقًا . نصَّ عليه فى رِوايَةِ علىِّ بنِ سَعِيدٍ ، قال : لا يسْتَبْدِلُ به ولا يَبِيعُه ، إلَّا أنْ يكونَ بحالٍ لا يُنْتَفَعُ به . ونقَل أبو طالِبٍ ، لا يُغَيَّرُ عن حالِه ، ولا يُباعُ ، إلَّا

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٦٢ .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

للغَزْوِ ، وأَمْكَنَ الانْتِفاعُ بها فى شىءٍ آخَرَ ، مثلَ أن تَدُورَ فى الرَّحَى ، أو يُحْمَلَ عليها تُرابٌ ، أو تكونَ الرَّغْبَةُ فى نِتاجِها ، أو حِصانًا يُتَّخَذُ للطِّراقِ ، فإنَّه يَجوزُ بَيْعُها ، ويُشْتَرَى بثَمَنِها ما يَصْلُحُ للغَزْوِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال محمدُ بنُ الحَسَنِ : إذا خَرِب المَسْجِدُ أو الوَقْفُ ، عاد إلى مِلْكِ واقِفِه ؛ لأنَّ الوَقْفَ إنَّما هو تَسْبِيلُ المَنْفعَةِ ، فإذا زالتْ مَنْفَعَتُه زال حَقُّ المَوْقُوفِ عليه منه ، فزال مِلْكُه عنه . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ : لا يجوزُ بَيْعُ شىءٍ مِن ذلك ؛ لقولِ رسُولِ اللهِ ﷺ : « لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، وَلَا يُبْتَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ » . ولأنَّ ما لا يَجُوزُ بَيْعُه مع بَقاءِ مَنافِعِه ، لا يجوزُ مع تَعَطُّلِها ، كالمُعْتَقِ ، والمَسْجِدُ أشْبَهُ الأَشْياءِ بالمُعْتَقِ . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، كَتَبَ إلى سَعْدٍ ، لمّا بَلَغَه أنَّه قد نُقِبَ[1] بَيْتُ المالِ الذى بالكُوفَةِ ، أنِ انْقُلِ المَسْجِدَ الذى بالتَّمَّارِينَ ، واجْعَلْ بَيْتَ المالِ فى قِبْلَةِ المَسْجِدِ ، فإنَّه لن يَزالَ فى المَسْجِدِ مُصَلٍّ . وكان هذا بمَشْهَدٍ مِن الصَّحابةِ ، ولم يَظْهَرْ خِلافُه ، فكان إجْماعًا . ولأنَّ فيما ذكَرْناه اسْتِبقاءً للوَقْفِ بمَعْناه عندَ تَعَذُّرِ إبْقائِه بصُورَتِه ، فوَجَبَ ذلك ، كما لو اسْتَوْلَدَ

الإنصاف

أنْ لا يُنْتَفَعَ منه بشىءٍ ، وعليه الأصحابُ . وجوَّز الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ذلك لمَصْلَحَةٍ ، وقال : هو قِياسُ « الهَدْىِ » ، وذكَرَه وَجْهًا فى المُناقَلَةِ . وأَوْمَأَ إليه أحمدُ . ونقَل صالِحٌ ، يجوزُ[2] نَقْلُ المَسْجِدِ لمَصْلَحَةِ النَّاسِ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . واخْتارَه

---

(١) نقب ؛ بفتح القاف : تخرَّق . ونُقِب ؛ بالبناء للمجهول : نقبه بعض الناس .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

الجارِيَةَ المَوْقُوفة ، أو قَبَّلَها ، أو قَبَّلَها غيرُه . قال ابنُ عَقِيلٍ : الوَقْفُ مُؤَبَّدٌ ، فإذا لم يُمْكِنْ تأْبِيدُهُ على وَجْهِ تَخْصِيصِه ، اسْتَبْقَيْنا الغَرَضَ ، وهو الانْتِفاعُ على الدَّوامِ فى عَيْنٍ أُخْرى ، وإيصالُ الأَبْدالِ جَرَى مَجْرَى الأَعْيانِ ، وجُمُودُنا على العَيْنِ مع تَعَطُّلِها تَضْيِيعٌ للغَرَضِ . ويَقْرُبُ هذا مِن الهَدْىِ إذا عَطِب ، فإنَّه يُذْبَحُ فى الحالِ ، وإن كان يَخْتَصُّ بمَوْضِعٍ ، فلَمَّا تعذَّرَ تَحْصِيلُ الغَرَضِ بالكُلِّيَّةِ ، اسْتُوفِىَ منه ما أمكنَ ، وتُرِك مُراعاةُ المَحَلِّ الخاصِّ عندَ تَعَذُّرِه ؛ لأنَّ مُراعاتَه مع تَعَذُّرِه تُفْضِى إلى فَواتِ الانْتِفاعِ به بالكُلِّيَّةِ ، وهكذا الوَقْفُ المُعَطَّلُ المَنافِع . ولَنا على محمدِ بنِ الحَسَنِ ، أنَّه إزالَةُ مِلْكٍ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، فلا يَعُودُ إلى مالِكه باخْتِلالِه وذَهابِ مَنافِعِه [٢٣٣/٥ظ] كالعِتْقِ .

الإنصاف

صاحِبُ « الفائقِ » ، وحكَم به نائبًا عنِ القاضِى جمالِ الدِّينِ المَسَلَّاتِىِّ[(١)] ، فعارَضَه القاضى جَمالُ الدِّينِ المَرداوِىُّ[(٢)] ، صاحِبُ « الانْتِصارِ » ، وقال : حُكْمُه باطِلٌ ، على قَواعِدِ المذهبِ . وصنَّفَ فى ذلك مُصَنَّفًا ، ردَّ فيه على الحاكِمِ ، سمَّاه « الواضِحُ الجَلِىُّ فى نقضِ حُكْمِ ابنِ قاضِى الجَبَلِ الحَنْبَلِىِّ » ووافَقَه صاحِبُ « الفُروعِ » على ذلك : وصنَّفَ صاحِبُ « الفائقِ » مُصَنَّفًا فى جَوازِ المُناقَلَةِ ؛ للمَصْلحَةِ سمَّاه « المُناقَلَةُ بالأَوْقافِ[(٣)] وما فى ذلك مِنَ النِّزاعِ

---

(١) هو محمد بن عبد الرحيم بن على ابن المنجا السلمى المسلاتى ، جمال الدين المالكى . ولى نيابة الحكم بدمشق ، ثم قضاءها، وولى تدريس الحديث بالظاهرية . توفى سنة إحدى وسبعين وسبعمائة . الدرر الكامنة ١٢٩/٤ .

(٢) هو يوسف بن محمد بن عبد الله بن محمد المرداوى ، جمال الدين ، أبو الفضل ، القاضى ، إمام فى المذهب ، وله عناية بالمتن والإسناد ، صنف كتاب « الانتصار » ، و « شرح المقنع » توفى سنة تسع وستين وسبعمائة . الدرر الكامنة ٢٤٥/٥ .

(٣) فى الأصل ، ا : « والأوقاف » .

المقنع

وَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِ آلَتِهِ وَصَرْفُهَا فِى عِمَارَتِهِ .

الشرح الكبير

٢٦٠٠ – مسألة : (ويجوزُ بَيْعُ بعضِ آلَتِه وصَرْفُها فى عِمارَتِه) كما يجوزُ بَيْعُ الفَرَسِ الحَبِيسِ عندَ تعَذُّرِ الانْتِفاعِ به وصَرْفُ ثَمَنِه فيما يَقُومُ مَقامَه ، ولأنَّه إذا جاز بَيْعُ الجَميعِ عندَ الحاجةِ إلى بَيْعِه ، فبَيْعُ بعضِه مع بَقاءِ البعضِ أَوْلَى .

الإنصاف

والخِلافِ » وأجادَ فيه . ووافَقَه على جَوازِها الشَّيْخُ بُرْهانُ الدِّينِ ابنِ القَيِّمِ ، والشَّيْخُ عِزُّ الدِّينِ حَمْزَةُ ابنُ شَيْخِ السَّلامِيَّةِ ، وصنَّفَ فيه مُصَنَّفًا سمَّاه « رَفْعُ المُثاقَلةِ فى مَنْعِ المُناقَلةِ » . ووافقَه أيضًا جماعةٌ فى عَصْرِه . وكلُّهم تبَعٌ للشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ فى ذلك . وأَطْلَقَ فى « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والأَرْبَعِين بعدَ المِائَةِ » فى جَوازِ إبْدالِ الوَقْفِ مع عِمارَتِه رِوايتَيْن .

فائدة : نصَّ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى ، على جَوازِ[1] تجْديدِ بناءِ المَسْجدِ لمَصْلَحَتِه . وعنه ، يجوزُ برِضا جيرانِه . وعنه ، يجوزُ شِراءُ دُورِ مَكَّةَ لمَصْلحَةٍ عامَّةٍ . قال فى « الفُروعِ » : فيتَوَجَّهُ هنا مِثْلُه ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : جوَّزَ جُمْهورُ العُلَماءِ تغْيِيرَ صُورَتِه لمَصْلَحَةٍ ، كجَعْلِ الدُّورِ حَوانِيتَ ، والحكُورَةِ المَشْهورَةِ ، فلا فَرْقَ بينَ بِناءٍ ببِناءٍ ، وعَرْصَةٍ بعَرْصَةٍ . هذا صريحُ لفْظِه . وقال أيضًا ، فى مَن وقَف كُرومًا على الفُقَراءِ ، يحْصُلُ على جيرانِها به ضرَرٌ : يُعَوَّضُ عنه بما لا ضرَرَ فيه على الجيرانِ ، ويعُودُ الأوَّلُ مِلْكًا ، والثَّانى وَقْفًا . انتهى . ويجوزُ نقْضُ مَنارَتِه ، وجَعْلُها فى حائطِه . نصَّ عليه . ونقَل أبو داودَ ، وقد سُئِلَ عن مَسْجِدٍ فيه خشَبَتان لهما ثَمَنٌ ، تشَعَّثَ ، وخافُوا سقُوطَه ، أيُباعان ويُنْفَقان على المَسْجِدِ ،

(١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

فصل : وإذا بِيعَ الوَقْفُ ، فأىُّ شىءٍ اشْتُرِىَ بثَمَنِه ممّا يُرَدُّ على أهلِ الوَقْفِ جاز ، وإن كان مِن غيرِ جِنْسِه فى ظاهِرِ كلامِ الخِرَقِىِّ ، لكنْ تكونُ المَنْفعةُ مَصْرُوفةً إلى المَصْلَحةِ التى كانت الأُولَى تُصْرَفُ فيها ؛ لأنَّه لا يجوزُ تَغْيِيرُ المَصْرِفِ مع إمْكانِ المُحافَظةِ عليه ، كما لا يجوزُ تَغْيِيرُ الوَقْفِ بالبَيْعِ مع إمْكانِ الانْتِفاعِ به .

الإنصاف

ويُبْدَلُ مَكانَهما جِذْعَين ؟ قال : ما أرَى به بأْسًا . انتهى . وأمَّا إذا تعَطَّلَتْ منافِعُه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يُباعُ والحالَةُ هذه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . [٢/٢٥٣و] وعنه ، لاتُباعُ المَساجِدُ ، لكِنْ تُنْقَلُ آلَتُها إلى مَسْجِدٍ آخَرَ . اخْتارَه أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ ، والحارِثِىُّ ، وقال : هو ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبى مُوسى . وعنه ، لاتُباعُ المَساجِدُ ولا غيرُها ، لكِنْ تُنْقَلُ آلَتُها . نقَل جعْفَرٌ ، فى مَن جعَل خانًا للسَّبيلِ ، وبنَى بجانِبِه مَسْجِدًا ، فضاقَ المَسْجِدُ ، أيُزادُ منه فى المَسْجِدِ ؟ قال : لا . قيل : فإنَّه إنْ تُرِكَ ؛ ليس ينْزِلُ فيه أحدٌ ، قد عُطِّلَ ؟ قال : يُتْرَكُ على ماصُيِّرَ له . واخْتارَ هذه الرِّوايَةَ الشَّريفُ ، وأبو الخَطَّابِ . قالَه فى « الفُروعِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : وحُكِىَ فى « التَّلْخيصِ » عن أبى الخَطَّابِ ؛ لايجوزُ بَيْعُ الوَقْفِ مُطْلَقًا . وهو غَريبٌ ، لا يُعْرَفُ فى كُتُبِه . انتهى . ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » عنه فى كتابِ البَيْعِ ، وحَكاه عنه قبلَ صاحِبِ « التَّلْخيصِ » تِلْميذُ أبى الخَطَّابِ ؛ وهو الحَلْوانِىُّ فى « كِتابِه » . قلتُ : وظاهِرُ كلامِ أبى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، فى كتابِ البَيْعِ ، عدَمُ الجوازِ ؛ فإنَّه قال : ولا يجوزُ بَيْعُ الوَقْفِ ، إلَّا أنَّ أصحابَنا قالوا : إذا خَرِبَ ، أو كان فرَسًا ، فعَطِبَ ، جازَ بيْعُه ، وصُرِفَ ثَمَنُه فى مِثْلِه . انتهى . وكلامُه فى « الهِدايَةِ » فى كتابِ الوَقْفِ ،

الشرح الكبير

فصل : فإن لم يَكْفِ ثَمنُ الفَرَسِ الحَبِيسِ لشراءِ فَرَسٍ أُخرى ، أُعِينَ به فى شِراءِ حَبِيسٍ يَكُونُ بعضَ الثَّمنِ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ اسْتِيفاءُ مَنْفَعةِ الوَقْفِ المُمْكِنِ اسْتِيفاؤُها وصِيانَتُها عن الضَّياعِ ، ولا سَبِيلَ إلى ذلك إلَّا بهذه الطَّرِيقِ .

الإنصاف

صَريحٌ بالصِّحَّةِ . واخْتارَ أيضًا هذه الرِّوايَةَ ابنُ عَقِيلٍ ، وصنَّفَ فيها جُزْءًا ، حَكاه عنه ابنُ رَجَبٍ فى « طَبَقاتِه » . واخْتارَ أيضًا هذه الرِّوايَةَ ، وهى عدَمُ البَيْعِ ، الشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ .

تنبيه : فعلى المذهبِ ، المُرادُ بتَعَطُّلِ مَنافِعِه ؛ المَنافِعُ المَقْصودَةُ ، بخَرابٍ أو غيرِه ، ولو بضِيقِ المَسْجِدِ عن أهْلِه . نصَّ عليه . أو بخَرابِ مَحَلَّتِه . نقَلَه عبدُ اللهِ . وهذا هو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . ونقَل جماعةٌ ، لا يُباعُ إلَّا أنْ لا يُنْتَفعَ منه بشىءٍ أصْلًا ، بحيثُ لا يَرُدُّ شيئًا . قال المُصَنِّفُ فى « الكافِى » : كلُّ وَقْفٍ خَرِبَ ، ولم يَرُدَّ شيئًا ، بِيعَ . وقال فى « المُغْنِى »[1] ، ومَن تابعَه : لا يُباعُ إلَّا أنْ يقِلَّ رَيْعُه ، فلا يُعَدُّ نفْعًا . وقيل : أو يَتعطَّلَ أكْثَرُ نَفْعِه . نقَلَه مُهَنَّا فى فرَسٍ كَبِرَ وضَعُفَ ، أو ذهبَتْ عيْنُه . فقلْتُ له : دارٌ ، أو ضَيْعَةٌ ضَعُفَ أهْلُها أنْ يقُوموا عليها ؟ قال : لا بأْسَ ببَيْعِها ، إذا كان أنفعَ لمَن يُنْفَقُ عليه منها . وقيل : أو خِيفَ تعَطُّلُ أكْثَرِ[2] نَفْعِه قريبًا . [3]جزَم به فى « الرِّعايَةِ » . قلتُ : وهو قَوِىٌّ جدًّا إذا غلَبَ على ظَنِّه ذلك[3] . سأَلَه المَيْمُونِىُّ ، يُباعُ إذا عَطِبَ أو فَسَد ؟

(١) المغنى : ٨/٢٢١ .
(٢) سقط من : ط .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : فإن لم تَتعطَّلْ مَنْفعةُ الوَقْفِ بالكُلِّيَّةِ ، لكنْ قَلَّتْ ، وكان غيرُه أنْفعَ منه وأكْثَرَ رَدًّا على أهْلِ الوَقْفِ ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ تحْريمُ البَيْعِ ، وإنَّما أُبِيحَ للضَّرُورَةِ ، صِيانةً لمَقْصُودِ الوَقْفِ عن الضَّياعِ مع إمْكانِ تَحْصِيله ، ومع الانْتِفاعِ ما يَضِيعُ المَقْصُودُ وإن قَلَّ ، اللَّهُمَّ إلَّا أن يَبْلُغَ فى قِلَّةِ النَّفعِ إلى حَدٍّ لا يُعَدُّ نَفْعًا ، فيكونُ وُجُودُه كالعَدَمِ .

الإنصاف

قال : إيْ واللهِ ، يُباعُ إذا كان يُخافُ عليه التَّلَفُ والفَسادُ والنَّقْصُ ، باعُوه ورَدُّوه فى مِثْلِه . وسأَلَه الشَّالَنْجِيُّ : إنْ أخذ مِنَ الوَقْفِ شيئًا ، فعَتَقَ فى يدِه وتغَيَّرَ حالُه ؟ قال : يُحَوَّلُ إلى مِثْلِه . وكذا قال فى « التَّلْخيصِ » ، و « التَّرْغيبِ » ، و « البُلْغَةِ » : لو أشْرَفَ على كَسْرٍ أو هَدْمٍ ، وعُلِمَ أنَّه إنْ أُخِّرَ لم يُنْتَفَعْ به ، بِيعَ . قلتُ : وهذا ممَّا لاشكَّ فيه . قال فى « الفُروعِ » : وقوْلُهم : بِيعَ . أى يجوزُ بَيْعُه . نقَلَه جَماعَةٌ ، وذكَرَه جَماعَةٌ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ أنَّ ما قالُوه للاستِثْناءِ ممَّا لا يجوزُ بَيْعُه ، وإنَّما يجِبُ ؛ لأنَّ الوَلِيَّ يلْزَمُه فِعْلُ المَصْلَحَةِ ، وهو ظاهِرُ رِوايَةِ المَيْمُونِيِّ وغيرِها . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يجِبُ بَيْعُه بمِثْلِه مع الحاجَةِ ، وبلا حاجَةٍ ، يجوزُ بخَيْرٍ منه ؛ لظُهورِ المَصْلَحَةِ ، ولا يجوزُ بمِثْلِه ؛ لفَواتِ التَّعْيينِ بلا حاجَةٍ . قال فى « الفائقِ » : وبَيْعُه حالَةَ تعَطُّلِه أمْرٌ جائزٌ عندَ البَعضِ . وظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » وُجوبُه . وكذلك إطْلاقُ كلامِ أحمدَ . وذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » ؛ رِعايةً للأَصْلَحِ . انتهى .

فوائد ؛ الأُولَى ، قال المُصَنِّفُ ، ومَن تابَعَه : لو أمْكَنَ بَيْعُ بعضِه ؛ ليُعْمَرَ به بقِيَّتُه ، بِيعَ ، وإلَّا بِيعَ جَمِيعُه . قال فى « الفُروعِ » : ولم أجِدْ ماقالَه لأحَدٍ قبلَه .

الشرح الكبير

فصل : قال أحمدُ ، فى روايةِ أبى داودَ ، فى مَسْجدٍ أرادَ أهْلُه رَفْعَه مِن الأرْضِ ، ويُجْعَلُ تحتَه سِقايَةٌ وحَوانِيتُ . فامْتَنَعَ بعضُهم مِن ذلك : يُنْظَرُ إلى قوْلِ أكْثَرِهم . واخْتَلَفَ أصْحابُنا فى تأْوِيلِ كلامِ أحمدَ ، فذَهَبَ ابنُ حامدٍ إلى أنَّ هذا مَسْجِدٌ أرادَ أهْلُه إنْشاءَه ابْتِداءً ، واخْتَلَفُوا كيف يُعْمَلُ ، وسَمّاهُ مَسْجِدًاقبلَ بِنائِه تَجَوُّزًا ؛ لأنَّ مآلَه إليه ، أمّا بعدَ بِنائِه لا يجوزُ جَعْلُه سِقايَةً ولا حَوانِيتَ . وذَهَبَ القاضى إلى ظاهِرِ اللَّفْظِ ، وهو أنَّه كان مَسْجِدًا ، فأرادَ أهْلُه رَفْعَه وجَعْلَ ما تحتَه سِقايَةً ؛ لحاجَتِهم إلى ذلك .

الإنصاف

قال : والمُرادُ مع اتِّحادِ الوَقْفِ[1] ، كالجِهَةِ ، ثم إنْ أرادَ عَيْنَين ؛ كدارَين ، فظاهِرٌ . وكذا إنْ أرادَ عَيْنًا واحِدَةً ، ولم تنْقُصِ القِيمَةُ بالتَّشْقِيصِ ، فإنْ نقَصَتْ ، توَجَّهَ البَيْعُ فى قِياسِ المذهبِ ؛ كبَيْعِ وَصِىٍّ لدَيْنٍ ، أو حاجَةِ صَغيرٍ ، بل هذا أسْهَلُ ؛ لجَوازِ تَغْيِيرِ صِفاتِه لمَصْلَحَةٍ ، وبَيْعِه على قوْلٍ . انتهى . وقوْلُ صاحِبِ « الفُروعِ » : والمُرادُ مع اتِّحادِ الوَقْفِ . ظاهِرٌ فى أنَّه لايجوزُ عِمارَةُ وَقْفٍ مِن رَيْعِ وَقْفٍ آخَرَ ، ولو اتَّحَدَتْ الجِهَةُ . وقد أفْتَى الشَّيْخُ عُبادَةُ[2] ، مِن أئمَّةِ أصحابِنا ، بجَوازِ عِمارَةِ وَقْفٍ مِن وَقْفٍ آخَرَ على جِهَتِه . ذكَرَه ابنُ رَجَبٍ فى « طَبقاتِه »[3] ، فى ترْجَمَتِه . قلتُ : وهو قَوِىٌّ ، بل عَمَلُ النَّاسِ عليه . لكِنْ قال شيْخُنا فى « حَواشِى الفُروعِ » : إنَّ كَلامَه فى « الفُروعِ » أظْهَرُ . وقال الحارِثِىُّ : وماعَدا المَسْجِدَ مِنَ

---

(١) فى النسخ والفروع : « الواقف » .

(٢) عبادة بن عبد الغنى بن منصور الحرانى الدمشقى ، زين الدين ، أبو محمد ، فقيه مفتى ، شروطى ، تفقه على ابن تيمية ، وتقدم فى الفقه ، وكان عالما جيد الفهم ، صالحا دينا ، وكان يلى العقود والفسوخ ، ويكثر الكتابة فى الفتاوى . توفى سنة تسع وثلاثين وسبعمائة . ذيل طبقات الحنابلة ٢/٤٣٢ ، ٤٣٣ .

(٣) انظر : ذيل طبقات الحنابلة ٢/٤٣٣ .

الشرح الكبير

والأوّلُ أصَحُّ وأوْلَى ، وإن خالَفَ الظّاهِرَ ، فإنَّ المَسْجِدَ لا يجوزُ نَقْلُه وإبْدالُه وبَيْعُ ساحَتِه وجَعْلُها سِقايَةً وحَوانِيتَ ، إلَّا عندَ تَعَذُّرِ الانْتِفاعِ به ، والحاجةُ إلى سِقَايةٍ [٥/٢٣٤و] وحَوانِيتَ لا تُعَطِّلُ نَفْعَ المَسْجِدِ ، فلا يجوزُ

الإنصاف

الأوْقافِ ، يُباعُ بعضُه لإصْلاحِ مابَقِىَ . وقال : يجوزُ اخْتِصارُ الآنِيَةِ إلى أصْغَرَ منها ، إذا تعَطَّلَتْ ، وإنْفاقُ الفَضْلِ على الإصْلاحِ ، وإنْ تعَذَّرَ الاخْتِصارُ ، احْتَمَلَ جعْلَها نوْعًا آخَرَ ممَّا هو أقْرَبُ إلى الأوَّلِ ، واحْتَمَلَ أنْ يُباعَ ، ويُصْرَفَ فى آنِيَةٍ مِثْلِها ، وهو الأقْرَبُ . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ . الثَّانيةُ ، حيثُ جوَّزْنا بَيْعَ الوَقْفِ ، فمَن يَلِى بَيْعَه ؟ لايخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ الوَقْفُ على سُبُلِ الخَيْراتِ ؛ كالمَساجِدِ ، والقَناطِرِ ، والمَدارِسِ ، والفُقَراءِ والمَساكِينِ ، ونحوِ ذلك ، أو غيرِ ذلك . فإنْ كان على سُبُلِ الخَيْراتِ ونحوِها ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الذى يَلِى البَيْعَ الحاكِمُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَعُوا [٢/٢٥٣ظ] به ؛ منهم صاحِبُ « الرِّعايَةِ » فى كِتابِ الوَقْفِ ، والحارِثِىُّ ، والزَّرْكَشِىُّ فى كتابِ الجِهادِ . وقال : نصَّ عليه . وقيل : يَلِيه النَّاظِرُ الخاصُّ عليه ، إنْ كان . جزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى كِتابِ البَيْعِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وإنْ كان على غيرِ ذلك ، فهل يَلِيه النَّاظِرُ الخاصُّ ، أو المَوْقوفُ عليه ، أو الحاكِمُ ؟ على ثلاثَةِ أقْوالٍ ؛ أحدُها ، يَلِيه النَّاظِرُ الخاصُّ . وهو الصَّحيحُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : إذا تعَطَّلَ الوَقْفُ ، فإنَّ النَّاظِرَ فيه يَبِيعُه ويَشْتَرِى بثَمَنِه ما فيه مَنْفَعَةٌ تُرَدُّ على أهْلِ الوَقفِ . نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . قال فى « الفائقِ » : ويتَوَلَّى البَيْعَ ناظِرُه الخاصُّ . حَكاه غيرُ واحدٍ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، فقال : يَبِيعُه النَّاظِرُ فيه . قال فى « التَّلْخيصِ » : ويكونُ البائعُ الإمامَ أو نائِبَه . نصَّ عليه . وكذلك المُشْتَرِى

الشرح الكبير

صَرْفُه فى ذلك . ولو جاز جَعْلُ أسْفَلِ المَسْجِدِ سِقَايةً وحَوانِيتَ لهذه الحاجَةِ ، لجاز تَخْرِيبُ المَسْجِدِ وجَعْلُه سِقايةً وحَوانِيت ، ويَجْعَلُ بَدَلَه مَسْجِدًا فى مَوْضِعٍ آخَرَ . وقال أحمدُ ، فى رِوايةِ بكرِ بن محمدٍ ، عن أبيه ، فى مَسْجِدٍ ليس بحَصِينٍ مِن الكِلابِ ، وله مَنارَةٌ ، فرَخَّصَ فى نَقْضِها ، وبِناءِ حائطِ المَسْجِدِ بها للمَصْلَحةِ .

الإنصاف

بثَمَنِه ، وهذا إذا لم يَكُنْ للوَقْفِ ناظِرٌ . انتهى . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ؛ فقال :

وناظِرُه شَرْعًا يَلِى عَقْدَ بَيْعِه ... وقيل انْ يُعَيِّنْ مالِكُ النَّفْعِ يُعْقَدِ[1]

وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فقال : فلناظِرِه الخاصِّ بَيْعُه ، ومع عدَمِه ، يفْعَلُ ذلك المَوْقوفُ عليه . قلتُ : إنْ قُلْنا : يَمْلِكُه . وإلَّا فلا . وقيل : بل يفْعَلُه مُطْلَقًا الإمامُ أو نائبُه ، كالوَقْفِ على سُبُلِ الخَيْراتِ . انتهى . وقدَّمه الحارِثِىُّ ، وقال : حَكاه غيرُ واحِدٍ . والقَوْلُ الثَّانِى ، يَلِيه المَوْقوفُ عليه . وهو ظاهِرُ ما جزم به فى « الهِدايَةِ » ، فقال : فإنْ تعَطَّلَتْ منْفَعَتُه ، فالمَوْقوفُ عليه بالخِيارِ بينَ النَّفَقَةِ عليه ، وبينَ بَيْعِه وصَرْفِ ثَمَنِه فى مِثْلِه . وكذا قال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، وابنُ البَنَّا فى « عُقودِه » ، وابنُ الجَوْزِىِّ فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، والسَّامَرِّىُّ فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وأبو المَعالِى ابنُ مُنَجَّى فى « الخُلاصَةِ » ، وابنُ أبِى المَجْدِ فى « مُصَنَّفِه » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، فقال : وما بطَلَ نفْعُه ، فلمَن وُقِفَ عليه بَيْعُه . قلتُ : إنْ ملَكَه . وقيل : بل لناظِرِه بَيْعُه بشَرْطِه . انتهى . وقدَّمه فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والقَوْلُ الثَّالِثُ ، يَلِيه الحاكِمُ . جزَم به الحَلْوانِىُّ

---

(١) فى الأصل : « يعدل » .

فى « التَّبْصِرَةِ » ، فقال : وإذا خَرِبَ الوَقْفُ ، و لم يَرُدَّ شيئًا ، أو خَرِبَ المَسْجِدُ وماحوْلَه ، و لم يُنْتَفَعْ به ، فللإمامِ بَيْعُه وصَرْفُ ثمَنِه فى مِثْلِه . انتهى . وقدَّم هذا فى « الفُروعِ » . ونصَرَه شيخُنا فى « حَواشِى الفُروعِ » ، وقوَّاه بأدِلَّةٍ وأقْيِسَةٍ . وعَمَلُ النَّاسِ عليه ، واخْتارَه الحارِثِىُّ . وهذا ممَّا خالَفَ المُصْطَلَحَ المُتقَدِّمَ . فعلى الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، لو عُدِمَ النَّاظِرُ الخاصُّ ، فقيل : يَلِيه الحاكِمُ . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، والحارِثِىُّ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى كِتابِ البَيْعِ [1] . [2]وذكَرَه نصَّ أحمدَ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ[2] . وقيل : يَلِيه المَوْقوفُ عليه مُطْلَقًا . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » أيضًا ، فى كتابِ الوَقْفِ ، [2]وهو ظاهِرُ ماقطَع به الزَّرْكَشِىُّ ، وحَكاه عنِ الأصحابِ . وكذا ما حكَيْناه عنهم[2] . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . وقيل : يَلِيه المَوْقوفُ عليه ، إنْ قُلْنا : يَمْلِكُه . وإلَّا فلا . اخْتارَه فى « الرِّعايتَيْن » . وجزَم به فى « الفائقِ » . قلتُ : ولعَلَّه مُرادُ مَن أطْلَقَ .

تنبيه : تَلَخَّصَ لنا ممَّا تقدَّم فى مَن يَلِى البَيْعَ طُرُقٌ ؛ لأنَّ الوَقْفَ لا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ على سُبُلِ الخَيْراتِ أو لا ؛ فإنْ كان على سُبُلِ الخَيْراتِ ونحوِه ، فللأصحابِ فيه طَريقان ؛ أحدُهما ، يَلِيه الحاكِمُ . قوْلًا واحِدًا . وهو قوْلُ أكثرِ الأصحابِ ؛ منهم صاحِبُ « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى كِتابِ الوَقْفِ . والطَّريقُ الثَّانِى ، يَلِيه النَّاظِرُ ، إنْ كان ، ثم الحاكِمُ . وهى طريقَتُه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى كِتابِ البَيْعِ . وهو الصَّوابُ . وإنْ لم يَكُنِ الوَقْفُ على سُبُلِ الخَيْراتِ ، ففيه

(١) فى الأصل : « العدد » .
(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

الإنصاف

طُرُقٌ للأصحابِ ؛ أحدُها ، يَلِيه النَّاظِرُ . قوْلًا واحدًا . وهى طريقَةُ المَجْدِ فى « مُحَرَّرِه » ، والزَّرْكَشِيِّ . وعَزاه إلى نصِّ أحمدَ ، واختِيارِ الأصحابِ . والطَّريقُ الثَّانِى ، يَلِيه المَوْقوفُ عليه[1] . قَوْلًا واحِدًا . وهو ظاهِرُ ماقطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « الفُصولِ » ، و « عُقودِ ابنِ البَنَّا » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « مُصَنَّفِ ابنِ أبى المَجْدِ » ، كما تقدَّم . الطَّريقُ الثَّالِثُ ، يَلِيه الحاكِمُ . قوْلًا واحِدًا . وهى طَريقَةُ الحَلْوانِىِّ فى « التَّبْصِرَةِ » . الطَّريقُ الرَّابعُ ، يَلِيه النَّاظِرُ الخاصُّ ، إنْ كان ، فإنْ لم يَكُنْ ، فيَلِيه الحاكِمُ . قوْلًا واحِدًا . وهى طريقَةُ صاحِبِ « التَّلْخيصِ » . الطَّريقُ الخامِسُ ، هل يَلِيه النَّاظِرُ الخاصُّ ؛ وهو المُقَدَّمُ ، أو المَوْقوفُ عليه ؟ فيه وَجْهان . وهى طريقَةُ النَّاظِمِ . الطَّريقُ السَّادِسُ ، طريقَةُ صاحِبِ « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، وهى ، هل يَلِيه [1] المَوْقوفُ عليه ؛ وهو المُقَدَّمُ ، أو إنْ قُلْنا : يَمْلِكُه . واخْتارَه ، أو النَّاظِرُ ؟ على ثلاثَةِ أقْوالٍ . الطَّريقُ السَّابعُ ، هل يَلِيه المَوْقوفُ عليه ؛ وهو المُقَدَّمَ ، أو النَّاظِرُ ؟ فيه وَجْهان . وهى طريقَتُه فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » . الطَّريقُ الثَّامِنُ ، طريقَتُه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ؛ وهى ، هل يَلِيه النَّاظِرُ الخاصُّ ، إنْ كان هو المُقَدَّمَ ، أو الحاكِمُ ؟ حَكاه فى كِتابِ الوَقْفِ ، فيه قَوْلان . وإنْ لم يَكُنْ له ناظِرٌ خاصٌّ ، فهل يَلِيه الحاكِمُ ؛ وهو المُقَدَّمُ فى كِتابِ البَيْعِ ، وذكَرَه نصَّ أحمدَ ؟ أو المَوْقوفُ عليه ؛ وهو المُقَدَّمُ فى كِتابِ الوَقْفِ ؛ وإنْ قُلْنا : يَمْلِكُه . واخْتارَه ، على [٢/٢٥٤و] ثلاثَةِ أقْوالٍ . الطَّريقُ التَّاسِعُ ، هل يَلِيه الحاكِمُ مُطْلَقًا ؛ وهو المُقَدَّمُ ، أو المَوْقوفُ عليه ؟ على وَجْهَيْن . وهى طَرِيقَةُ صاحِبِ « الفُروعِ » .

---

(١) سقط من : الأصل .

الإنصاف

الطَّريقُ العاشرُ ، يَلِيه النَّاظِرُ الخاصُّ ، إنْ كان . فإنْ لم يَكُنْ ، فهل يَلِيه الحاكِمُ ، أو المَوْقوفُ عليه ، إنْ قُلْنا : يَمْلِكُه ؟ على وَجهَيْن مُطْلَقَين . وهى طَرِيقَةُ صاحِبِ « الفائقِ » . فهذه اثْنَتا عَشْرَةَ طريقَةً ؛ ثِنْتان فيما هو على سُبُلِ الخَيْراتِ ونحوِه ، وعَشَرَةٌ فى غيرِه .

الفائدةُ الثَّالثةُ : إذا بِيعَ الوَقْفُ واشْتُرِىَ بدَلُه ، فهل يصِيرُ وَقْفًا بمُجَرَّدِ الشِّراءِ ، أم لابُدَّ مِن تجْديدِ وَقْفِيَّتِه ؟ فيه وَجْهان . وذكَرَهما ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » عن بعضِهم ، فيما إذا أتْلَفَ الوَقْفَ مُتْلِفٌ ، وأُخِذَتْ قِيمَتُه ، فاشْتُرِىَ بها بدَلُه . وأطْلَقهما ؛ أحدُهما ، يصيرُ وَقْفًا بمُجَرَّدِ الشِّراءِ . قال الحارِثِيُّ ، عندَ قوْلِ المُصَنِّفِ ، فى وَطْءِ الأمَةِ المَوْقوفَةِ : إذا أوْلَدَها ، فعليه القِيمَةُ يُشْتَرَى بها مِثْلُها ، يكونُ وَقْفًا . ظاهِرُه أنَّ البَدلَ يصيرُ وَقْفًا بمُجَرَّدِ[1] الشِّراءِ . انتهى . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ هنا ؛ لاقْتِصارِهم على بَيْعِه وشِراءِ بدَلِه . وصرَّح به فى « التَّلْخيصِ » ، فقال فى كِتابِ البَيْعِ : ويُصْرَفُ ثَمَنُه فى مِثْلِه ، ويصيرُ وَقْفًا ، كالأوَّلِ . [2]وصرَّح به أيضًا فى « الرِّعايَةِ » فى مَوْضِعَين ، فقال : فلناظِرِه الخاصِّ بَيْعُه وصَرْفُ ثَمنِه فى مِثْلِه أو بعضِ مِثْلِه ، ويكونُ ما اشْتَرَاه وَقْفًا كالأوَّلِ[2] . وقال فى أثْناءِ الوَقْفِ : فإنْ وَطِئَ ، فلا حَدَّ ، ولا مَهْرَ . ثم قال : وفى أُمِّ وَلَدِه تَعْتِقُ بمَوْتِه ، وتُؤْخَذُ قِيمَتُها مِن تركَتِه ، يُصْرَفُ فى مِثْلِه ، يكونُ بالشِّراءِ وَقْفًا مَكانَها . وهذا صَرِيحٌ بلا شَكٍّ . وقال الحَلْوانِىُّ فى « كِفايَةِ المُبْتَدِئِ »[3] : وإذا خَرِبَ الوَقْفُ ، وانْعَدَمَتْ مَنْفَعَتُه ، بِيعَ واشْتُرِىَ بثَمَنِه ما يُرَدُّ على أهْلِ الوَقْفِ ،

---

(١) فى ط ، ا : « بنفس » .
(٢ - ٢) سقط من : ط .
(٣) فى الأصل ، ط : « كتابه المبتدئ » .

وكان وَقْفًا كالأوَّلِ . وقال فى « المُبْهِجِ » : ويُشْتَرَى بثَمَنِه ما يكونُ وَقْفًا . قال شيْخُنا ؛ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّين ابنُ قُنْدسٍ البَعْلِيُّ ، فى حَواشِيه على « المُحَرَّرِ » : الذى يظْهَرُ أنَّه متى وقَع الشِّراءُ لجِهَةِ الوَقْفِ على الوَجْهِ الشَّرْعِيِّ ، ولَزِمَ العَقْدُ ، أنَّه يَصِيرُ وَقْفًا ؛ لأنَّه كالوَكِيلِ فى الشِّراءِ ، والوَكِيلُ يقَعُ شِراؤُه للمُوَكِّلِ ، فكذا هذا يقَعُ شِراؤُه للجِهَةِ المُشْتَرَى لها ، ولا يكونُ ذلك إلَّا وَقْفًا . انتهى . وهو الصَّوابُ . والوَجْهُ الثَّانى ، لابُدَّ مِن تجْديدِ الوَقْفِيَّةِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ فإنَّه قال : وإذا خَرِبَ الوَقْفُ ، ولم يَرُدَّ شيئًا ، بِيعَ واشْتُرِىَ بثَمَنِه مايُرَدُّ على أهْلِ الوَقْفِ ، وجُعِلَ وَقْفًا كالأَوَّلِ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « المُجَرَّدِ » أيضًا ؛ فإنَّه قال : بِيعَتْ وصُرِفَ ثَمَنُها إلى شِراءِ دارٍ ، وتُجْعَلُ وَقْفًا مَكانَها . قال الحارِثِيُّ : وبه أقولُ ؛ لأنَّ الشِّراءَ لا يصْلُحُ سَببًا لإِفادَةِ الوَقْفِ ، فلابُدَّ للوَقْفِ مِن سَبَبٍ يُفِيدُه . انتهى . وأمَّا الزَّرْكَشِىُّ ، فإنَّه قال : ومُقْتَضَى كلامِ الخِرَقِيِّ ، أنَّه لايصيرُ وَقْفًا بمُجَرَّدِ الشِّراءِ ، بل لابُدَّ مِن إيقافِ النَّاظِرِ له ، ولم أرَ المَسْأَلَةَ مُصَرَّحًا بها ، وقيل : إنَّ فيها وَجْهَيْن . انتهى .

الفائدةُ الرَّابِعَةُ : اقْتَصَرَ المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والزَّرْكَشِيُّ ، وجماعَةٌ على ظاهِرِ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ أنَّه لا يُشْتَرَطُ أنْ يُشْتَرَى مِن جِنْسِ الوَقْفِ الذى بِيعَ ، بل أىُّ شىءٍ اشْتُرِىَ بثَمَنِه ممَّا يُرَدُّ على أهْلِ الوَقْفِ ، جازَ . والذى قدَّمه فى « الفُروعِ » ، أنَّه يصْرِفُه فى مِثْلِه ، أو بعضِ مِثْلِه ؛ فقال : ويصْرِفُه فى مِثْلِه ، أو بعضِ مِثْلِه ، قالَه أحمدُ . وقالَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه ، كجِهَتِه . وقدَّمه الحارِثِيُّ ، وقال : هو المذهبُ . كما قال فى الكِتابِ ، ومَن عَداه مِنَ الأصحابِ . ونقَل أبو داودَ فى

المقنع وَمَا فَضَلَ [١٥٦و] مِنْ حُصُرِهِ وَزَيْتِهِ جَازَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ ، وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ .

الشرح الكبير **٢٦٠١** – مسألة : (وما فَضَلَ مِن حُصُرِه وزَيْتِه) عن حاجَتِه (جاز صَرْفُه إلى مَسْجِدٍ آخرَ ، والصَّدَقةُ به على فُقَراءِ المُسْلِمين) وكذلك إن فَضَلَ مِن قَصَبِه أو شيءٍ مِن نَقْضِه . قال أحمدُ ، فى مَسْجِدٍ يُبْنَى فيَبْقَى مِن خَشَبِه أو قَصَبِه أو شيءٍ مِن نَقْضِه ، قال : يُعانُ به فى مَسْجِدٍ آخرَ . أو

الإنصاف الحَبِيسِ ، يُشْتَرَى مِثلُه ، أو يُنْفَقُ ثَمَنُه على الدَّوابِّ الحَبِيسِ . الخامسةُ ، إذا بِيعَ المَسْجِدُ ، واشْتُرِىَ به مَكانًا يُجْعَلُ مَسْجِدًا ، فالحُكْمُ للمَسْجِدِ الثَّانى ، ويَبْطُلُ حُكْمُ الأوَّلِ . السَّادسةُ ، لايجوزُ نَقْلُ المَسْجِدِ مع إمْكانِ عِمارَتِه دُونَ العِمارَةِ الأُولَى . قالَه فى « الفُنونِ » ، وقال : أَفْتَى جماعَةٌ بخِلافِه . وغَلَّطَهم . السَّابعةُ ، يجوزُ رَفْعُ المَسْجِدِ ، إذا أرادَ أكْثَرُ[1] أهْلِه ذلك ، وجُعِلَ تحتَ سُفْلِه سِقايَةٌ وحوَانِيتُ ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ، وأخَذ به القاضى . قاله الزَّرْكَشِىُّ ، فى كِتابِ الجِهادِ . وقيل : لايجوزُ . وأطْلَقَ الوَجْهَين فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : فإنْ أرادَ أهْلُ مَسْجِدٍ رَفْعَه عنِ الأرْضِ ، وجَعْلَ سُفْلِه سِقايَةً وحَوانِيتَ ، رُوعِىَ أكثرُهم ، نصَّ عليه ، وقيل : هذا فى مَسْجِدٍ أرادَ أهْلُه إنْشاءَه كذلك ، وهو أوْلَى . انتهى . واخْتارَ هذا ابنُ حامِدٍ ، وأَوَّلَ كلامَ أحمدَ . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . ورَدَّ هذا التَّأْويلَ بعضُ مُحَقِّقِى الأصحابِ مِن وُجوهٍ كثيرةٍ . وهو كما قالَ .

قولُه : وما فضَلَ مِن حُصُرِه وزَيْتِه عَن حاجَتِه ، جازَ صَرْفُه إلى مَسْجِدٍ آخَرَ ،

---

(١) سقط من : ط .

الشرح الكبير

كما قال . وقال المَرُّوذِيُّ : سَأَلْتُ أبا عبدِ اللهِ عن بَوارِى المَسْجِدِ[1] ، إذا فَضَل منه الشىءُ ، أو الخَشَبةُ ، قال : يُتَصَدَّقُ به . وأرَى أنَّه قد احْتَجَّ بكُسْوَةِ البَيْتِ إذا تَخرَّقَتْ تُصْدِّقَ بها . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : قد كان شَيْبَةُ يتَصَدَّقُ بخُلْقانِ الكَعْبةِ . ورَوَى الخَلالُ بإسْنادِه ، عن عَلْقَمةَ ، عن أُمِّه ، أنَّ شَيْبَةَ بنَ عُثْمانَ الحَجَبِىَّ جاء إلى عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، فقال : يا أُمَّ المُؤْمِنين ، إنَّ ثِيابَ الكَعْبةِ تَكْثُرُ عليها ، فنَنْزِعُها ، فنَحْفِرُ لها آبارًا فنَدْفِنُها فيها حتى لا تَلْبَسَها الحائِضُ والجُنُبُ . قالت عائشةُ : بِئْسَ ما صَنَعْتَ ، ولم تُصِبْ ، إنَّ ثِيابَ الكَعْبةِ إذا نُزِعَتْ لم يَضِرْها مَن لَبِسَها مِن حائِضٍ أو جُنُبٍ ، ولكنْ لو بِعْتَها وجَعَلْتَ ثَمَنَها فى سَبِيلِ اللهِ والمَساكِينِ . فقال : فكان شَيْبةُ يَبْعَثُ بها إلى اليَمنِ ، فتُباعُ ، فيَضَعُ ثَمَنها حيث أمَرَتْه عائشةُ . وهذه قَضِيَّةٌ مثلُها يَنْتَشِرُ ، ولم تُنْكَرْ ، فتكونُ إجْماعًا ، ولأنَّه مالُ اللهِ تعالى ، لم يَبْقَ له مَصْرِفٌ ، فصُرِفَ إلى المَساكِينِ ، كالوَقْفِ المُنْقَطِعِ .

الإنصاف

والصَّدَقَةُ به على فُقَراءِ المُسْلِمِين . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، يجوزُ صَرْفُه [2] فى مِثْلِه دُونَ الصَّدَقَةِ به . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وقال أيضًا : يجوزُ صَرْفُه [2] فى سائرِ المَصالِحِ ، وبناءِ مَساكِنَ لمُسْتَحِقِّ رَيْعِه القائمِ

---

(١) بَوارى المسجد : حصره .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَلَا يَجُوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فِى الْمَسْجِدِ ،.................

الشرح الكبير **٢٦٠٢** - مسألة : (ولا يجوزُ غَرْسُ شَجَرةٍ فى الْمَسْجِدِ) نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إن كانت غُرِسَتِ النَّخْلةُ بعدَ أن صار مَسْجِدًا ، فهذه غُرِسَتْ بغيرِ حَقٍّ ، فلا أُحِبُّ الأكْلَ منها ، ولو قَلَعها الإمامُ لجاز ؛ وذلك لأنَّ المَسْجدَ لم يُبْنَ لهذا ، إنَّما بُنِىَ لذِكْرِ اللهِ والصَّلاةِ وقِراءةِ القُرْآنِ ، ولأنَّ الشَّجَرةَ تُؤْذِى المَسْجدَ وتَمْنَعُ المُصَلِّينَ مِن الصَّلاةِ فى مَوْضِعِها ، ويَسْقُطُ وَرَقُها فى المَسْجِدِ وثَمَرُها ، ويَسْقُطُ عليها الطَّيْرُ وتَبُولُ فى المَسْجِدِ ، ورُبَّما اجْتَمَعَ الصِّبْيانُ فى المَسْجِدِ مِن أجْلِها ورَمَوْها بالحِجارَةِ لِيَسْقُطَ ثَمَرُها . [٢٣٤/٥ظ]

الإنصاف بمَصْلَحَتِه . قال : وإنْ عُلِمَ أنَّ رَيْعَه يفْضُلُ عنه دائمًا ، وجَب صَرْفُه ، ولايجوزُ لغيرِ النَّاظِرِ صَرْفُ الفاضِلِ . انتهى . وقال فى « الفائقِ » [٢٠٤/٢ظ] : وما فضَل مِن حُصُرِ المَسْجِدِ أو زَيْتِه ، ساغَ صَرْفُه إلى مَسْجِدٍ آخَرَ ، والصَّدَقَةُ به على جيرانِه . نصَّ عليه . وعنه ، على الفُقَراءِ . وحكَى القاضى فى صَرْفِه ومَنْعِه رِوايتَيْن . وكذا الفاضِلُ مِن جميعِ رَيْعِه ، يُصْرَفُ فى مَسْجِدٍ آخَرَ . ذكَرَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . قال القاضى أبو الحُسَيْنِ : وهو أصحُّ .

فائدة : قال الحارِثِيُّ : فَضْلَةُ غَلَّةِ المَوْقوفِ على مُعَيَّنٍ ، يتَعيَّنُ إرْصادُها . ذكَرَه القاضى أبو الحُسَيْنِ . قال الحارِثِيُّ : وإنَّما يتَأتَّى فيما إذا كان الصَّرْفُ مُقَدَّرًا . وهو واضِحٌ .

قوله : ولايجوزُ غَرْسُ شَجَرَةٍ فى المَسْجِدِ . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم ؛ منهم صاحِبُ « الهِدايَةِ » ،

المقنع

فَإِنْ كَانَتْ مَغْرُوسَةً فِيهِ ، جَازَ الْأَكْلُ مِنْهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ،

الشرح الكبير

٢٦٠٣ – مسألة : (فإنْ كانت مَغْرُوسةً ، جاز الأكْلُ منها) يَعْنِى إذا كانتِ الشَّجرةُ فى أرْضٍ ، فجعَلَها صاحِبُها مَسْجِدًا والشَّجرةُ فيها ،

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و« الشَّرْحِ »،و« الفائقِ »،وغيرِهم . وقدَّمه فى« المُسْتَوْعِبِ »،و« الفُروعِ »، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وغيرِهم . وذكَر فى « الإرْشادِ » ، و « المُبْهِجِ » ، أنَّه يُكْرَهُ . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : إنْ غُرِسَتْ بعدَ وَقْفِه ، قُلِعَتْ ، إنْ ضَيَّقَتْ مَوْضِعَ الصلاةِ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ويحْرُمُ غرْسُها مُطْلَقًا . وقيل : إنْ ضَيَّقَتْ ، حَرُمَ ، وإلَّا كُرِهَ . فعلى المذهبِ ، تُقْلَعُ . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » : وإنْ غُرِسَتْ بعدَ وَقْفِه ، قُلِعَتْ . وقيل : إنْ ضَيَّقَتْ مَوْضِعَ الصَّلاةِ ، وإلَّا فلا . وتقدَّم كلامُه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . وعلى المذهبِ أيضًا ، يكونُ ثَمَرُها لمَساكِينِ أهْلِ المَسْجِدِ . قال فى « الإرْشادِ » : قال الحارِثِىُّ : وهو المذهبُ . قال : والأقْرَبُ حِلُّه لغيرِهم مِنَ المَساكِينِ أيضًا . وقال كثيرٌ مِنَ الأصحابِ : هى[1] لمالِكِ الأرْضِ المَغْرُوسِ بها غَصْبًا . انتهى .

قوله : فإنْ كانتْ مَغْرُوسَةً فيه ، جازَ الأكْلُ منها . يعْنِى ، إذا كانتْ مغْروسَةً قبلَ بنائِه ، أو وَقَفَها معه . فإذا وقَفَها معه ، وعيَّنَ مَصْرِفَها ، عُمِلَ به ، وإنْ لم يُعَيِّنْ مَصْرِفَها ، كان حُكْمُها حُكمَ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ هنا : جازَ الأكْلُ منها ، وهذا منصوصُ أحمدَ ، فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ . وقدَّمه

---

(١) سقط من : ط .

المقنع رَحِمَهُ اللهُ : إذَا لَمْ تكُنْ بِالْمَسْجِدِ حَاجَةٌ إِلَى ثَمَنِهَا ، فَإِنِ احْتَاجَ صُرِفَ ذَلِكَ فِى عِمَارَتِهِ .

الشرح الكبير فلا بَأْسَ . قال أحمدُ فى مَوْضِعٍ : لا بَأْسَ . يعنى أن يَبِيعَها مِن الجيرانِ . وقال فى رِوايةِ أبى طالِبٍ ، فى النَّبَقَةِ[1] : لا تُباعُ ، وتُجْعَلُ للمُسْلِمين وأهْلِ الدَّرْبِ يَأْكُلُونَها . وذلك ، واللهُ أعْلَمُ ، لأنَّ صاحِبَ الأرْضِ لمّا جَعَلَها مَسْجِدًا والشَّجَرةُ فيها ، فقد وَقَفَ الأرْضَ والشَّجَرةَ معًا ، ولم يُعَيِّنْ مَصْرِفَها ، فصارَتْ كالوَقْفِ المُطْلَقِ الذى لم يُعَيَّنْ له مَصْرِفٌ . وقد ذَكَرْنا أنَّه للمَساكِينِ فى بعضِ الرِّواياتِ . فأمّا إن قال صاحِبُها : هذه وَقْفٌ على المَسْجِدِ . فيَنْبَغِى أن تُباعَ ثَمَرتُها وتُصْرَفَ إليه ، كما لو وَقَفَها على المَسْجِدِ وهى فى غيرِه . وقال أبو الخَطّابِ : عندِى أنَّ المَسْجِدَ إذا احْتاجَ إلى ثمنِ ثَمرةِ الشَّجَرةِ ، بِيعَتْ ، وصُرِفَتْ فى عِمارَتِه . وقَوْلُ[2] أحمدَ : يَأْكُلُها الجيرانُ . مَحْمولٌ على أنَّهم يَعْمُرُونَه ، فإنِ اسْتَغْنَى المَسْجِدُ عنها ، فلا بَأْسَ بالأكْلِ منها . واللهُ سبحانه وتعالى أعْلَمُ .

الإنصاف فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال فى « الهِدايَةِ » ، بعدَ أنْ قدَّم المَنْصوصَ : وعندِى أنَّ هذه الرِّوايَةَ مَحْمولَةٌ على ما إذا لم يَكُنْ بالمَسْجِدِ حاجَةٌ إلى ثَمَنِ ذلك ؛ لأنَّ الجِيرانَ يَعْمُرونه ويَكْسُونه . وقطَع بما حمَلَه عليه أبو الخَطَّابِ فى « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الفائقِ » . واعْلَمْ أنَّ جماعَةً مِنَ الأصحابِ قالوا : يُصْرَفُ فى مَصالِحِه ، وإنِ اسْتُغْنِىَ عنها ،

---

(١) فى م : « النفقة » .

(٢) فى م : « قال » .

الإنصاف

فلجارِه أكْلُ ثَمرِه . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الفائقِ » وغيرِه . وقال جماعَةٌ : إذا اسْتَغْنَى عنها المَسْجِدُ ، فلجارِه ولغيرِه الأكْلُ منها . وقيل : يجوزُ الأكْلُ للجارِ الفَقيرِ . وقيل : يجوزُ للفَقيرِ مُطْلَقًا . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فقال : وثَمرُها لفُقَراءِ الدَّرْبِ . وتقدَّم فى آخِرِ الاعْتِكافِ ، هل يجوزُ البَيْعُ والشِّراءُ فى المَسْجِدِ أو يحْرُمُ ؟ وهل يصِحُّ أو لا ؟

فائدة : يحْرُمُ حَفْرُ بِئْرٍ فى المَسْجِدِ ، فإنْ فُعِلَ ، طُمَّ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » فى إحْياءِ المَواتِ . لم يَكْرَهْ أحمدُ حفْرَها فيه . ثم قال : قلتُ : بلَى ، إنْ كُرِهَ الوُضوءُ فيه . انتهى . وقال الحارِثِىُّ ، فى الغَصْبِ : وإنْ حفَر بِئْرًا فى المَسْجِدِ للمَصْلَحَةِ العامَّةِ ، فعليه ضَمانُ ما تَلِفَ بها ؛ لأنَّه مَمْنوعٌ منه ؛ إذِ المَنْفَعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ للصَّلاةِ ، فتَعْطِيلُها عُدْوانٌ . ونصَّ على المَنْعِ مِن رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ . ويَحْتَمِلُ أنَّه كالحَفْرِ فى السَّابِلَةِ ؛ لاشْتِراكِ المُسْلِمِين فى كلٍّ منهما ، فالحَفْرُ فى إحْداهما كالحَفْرِ فى الأُخْرَى ، فتَجْرِى فيه رِوايَةُ ابنِ ثَوابٍ ، بعدَمِ الضَّمانِ . انتهى .

فائدة : قال فى « الفُروعِ » : وإنْ بَنَى أو غرَس ناظِرٌ فى وَقْفٍ ، توَجَّهَ أنَّه له ، إنْ أشْهَدَ ، وإلَّا للوَقْفِ ، ويتَوجَّهُ فى أجْنَبِىٍّ بنَى أو غرَس ، أنَّه للوَقْفِ بنِيَّتِه . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يَدُ الواقِفِ ثابِتَةٌ على المُتَّصِلِ به ، ما لم تأْتِ حُجَّةٌ تدْفَعُ مُوجِبَها ؛ كمَعْرِفَةِ كَوْنِ الغارِسِ غرَسَه بمالِه بحُكْمِ إجارَةٍ أو إعارَةٍ أو غَصْبٍ . ويَدُ المُسْتأْجِرِ على المَنْفَعَةِ ، فليس له دَعْوَى البِناءِ بلا حُجَّةٍ ، ويَدُ أهْلِ العَرْصَةِ المُشْتَرَكَةِ ثابِتَةٌ على ما فيها بحُكْمِ الاشْتِراكِ ، إلَّا مع بَيِّنَةٍ باخْتِصاصِه ببِناءٍ ، ونحوِه .

فهرس الجزء السادس عشر
من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

باب الوديعة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب الجعالة

الصفحة

باب اللقطة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب اللقيط

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

كتاب الوقف

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء السادس عشر
ويليه الجزء السابع عشر ، وأوله :

باب الهبةِ والعَطِيةِ

والحَمْدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٩٩٥/٧٣٤٤ م
I.S.B.N : 977 – 256 – 120 – 4

هجر
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة